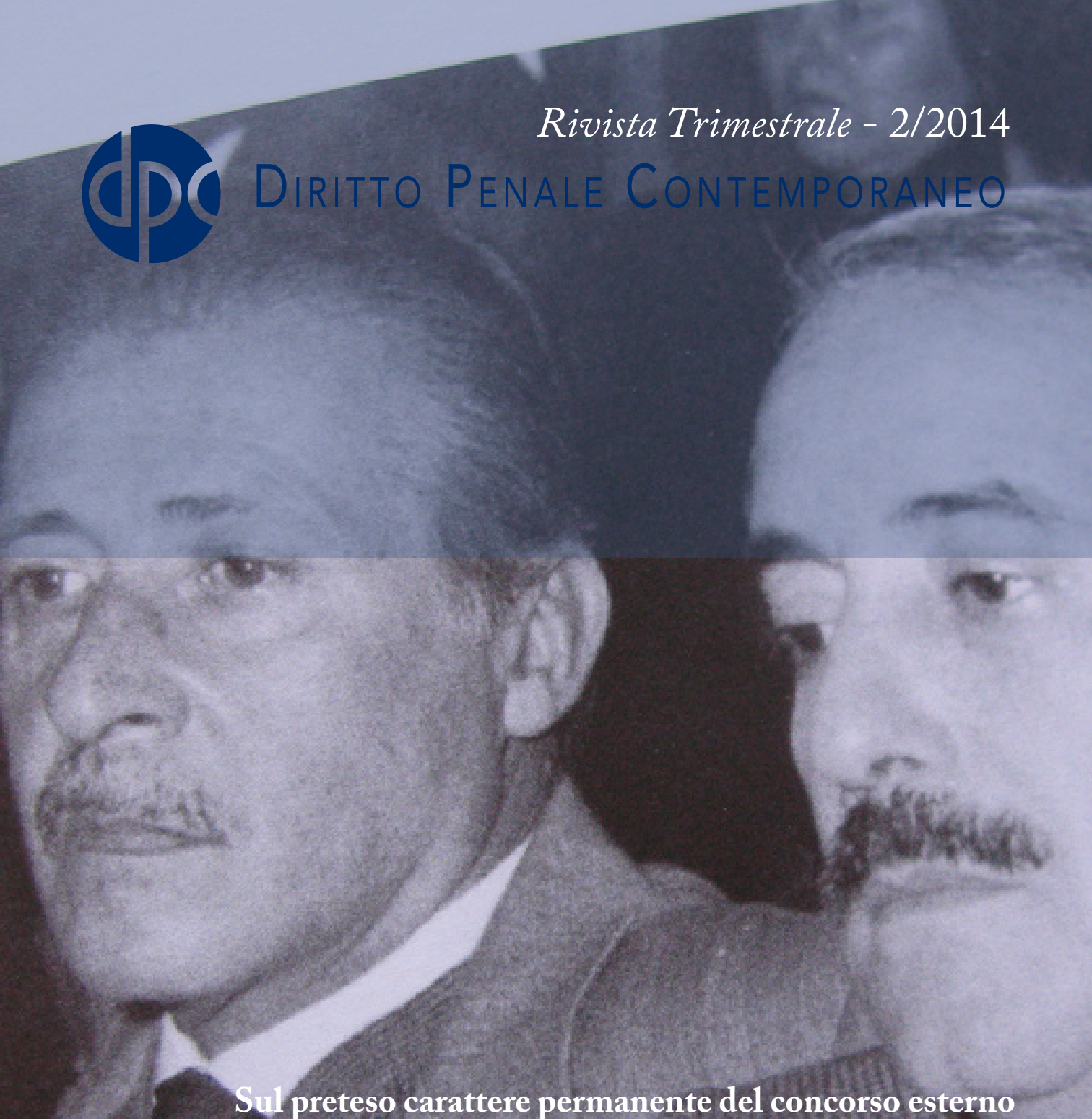
Rivista Trimestrale - 2/2014

DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO



Sul preteso carattere permanente del concorso esterno
Vincenzo Maiello

La confisca allargata: dalla lotta alla mafia alla lotta all'evasione fiscale?
Anna Maria Maugeri

Repressione penale della tortura e costituzione: anatomia di un reato che non c'è.
Andrea Pugiotto

EDITORE
Luca Santa Maria

DIRETTORE RESPONSABILE
Francesco Viganò

VICE DIRETTORI
Gian Luigi Gatta
Guglielmo Leo
Luca Luparia

REDATTORI
Angela Della Bella
Stefano Zirulia
Alberto Aimi
Tommaso Trinchera

SEGRETERIA DI REDAZIONE
Anna Liscidini (coordinatore)
Marco Montanari
Susanna Arcieri, Alessandra Galluccio, Irene Gittardi, Maria Chiara Ubiali, Alessandra Verri

COMITATO SCIENTIFICO
Emilio Dolcini (coordinatore diritto penale)
Novella Galantini (coordinatore diritto processuale penale)
Roberto Bartoli, Fabio Basile, Silvia Buzzelli, Elena Maria Catalano, Massimo Ceresa Gastaldo, Fabrizio D'Arcangelo, Gian Paolo Demuro, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Masera, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Paolo Renon, Gioacchino Romeo, Markus Rübenstahl, Francesca Ruggieri, Domenico Pulitanò, Marco Scoletta, Rosaria Sicurella, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Alfio Valsecchi, Costantino Visconti, Matteo Vizzardi

Diritto Penale Contemporaneo - Rivista trimestrale è un periodico on line, ad accesso libero e senza fine di profitto, espressione di una partnership tra lo Studio legale dell'avvocato Luca Santa Maria di Milano, che ha ideato l'iniziativa, ne ha finanziato la realizzazione tecnica e ne è l'editore, e la Sezione di Scienze penalistiche del Dipartimento "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, cui afferiscono i componenti del Comitato scientifico che supervisiona i contenuti della Rivista. La Rivista è diretta da un Comitato di direzione composto da un gruppo di magistrati, di avvocati e di giovani docenti di diritto e procedura penale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito.

Peer review

La qualità scientifica dei lavori di più ampio respiro pubblicati sulla Rivista è assicurata da una procedura di *peer review*, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, professori ordinari italiani e stranieri di diritto e procedura penale, che la Rivista vivamente ringrazia per avere accettato questo compito.

Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da due revisori, i quali esprimono il loro parere in forma parimenti anonima sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori Riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole di entrambi i revisori. La designazione dei revisori per ciascun lavoro di diritto o di procedura penale è effettuata automaticamente seguendo l'ordine alfabetico dei revisori di ciascuna disciplina pubblicato in calce, in ragione della data e dell'ora in cui ciascun lavoro è pervenuto all'indirizzo e-mail della redazione. Nel caso di impedimento da parte del revisore designato subentra il revisore successivo nell'elenco alfabetico. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Elenco dei revisori

Prof. Alberto Alessandri, Prof. Ennio Amodio, Prof. Francesco Angioni, Prof. Alessandro Bernardi, Prof. David Brunelli, Prof. Alberto Cadoppi, Prof. Stefano Canestrari, Prof. Francesco Caprioli, Prof. Mauro Catenacci, Prof. Mario Chiavario, Prof.ssa Ombretta Di Giovine, Prof. Massimo Donini, Prof. Giovanni Fiandaca, Prof. Luigi Foffani, Prof. Gabriele Fornasari, Prof. Glauco Giostra, Prof. Giovanni Grasso, Prof. Giulio Illuminati, Prof. Sergio Lorusso, Prof. Luca Marafioti, Prof. Enrico Marzaduri, Prof. Jean Pierre Matus, Prof. Adan Nieto Martin, Prof. Renzo Orlandi, Prof. Francesco Palazzo, Prof. Lorenzo Picotti, Prof. Paolo Pisa, Prof. Mario Romano, Prof. Sergio Seminara, Prof. Placido Siracusano, Prof. Paolo Veneziani

ANNO 2014, CODICE ISSN 2240-7618
Registrazione presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011. Sede legale Via Serbelloni, 1, 20122 Milano
Impaginazione a cura di Chiara Pavesi - www.chiarapavesi.it

Sommario

Editoriale

In questo numero 1
Francesco Viganò

Mafia e crimine organizzato

La riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso 4
Giuseppe Amarelli

"Superprocura" e coordinamento delle indagini in materia di criminalità organizzata tra presente, passato e futuro 24
Sergio Lorusso

Sul preteso carattere permanente del 'concorso esterno' 40
Vincenzo Maiello

La "clessidra" del riciclaggio ed il privilegio di *self-laundering*: note sparse a margine di ricorrenti, astratti furori del legislatore 49
Luca Troyer e Stefano Cavallini

Processo e dintorni

Profili di diritto processuale penale e penitenziario in tema di coppie di fatto 66
Agata Ciavola

Il contumace cede la scena processuale all'assente, mentre l'irreperibile l'abbandona 97
Serena Quattrocolo

L'obiettivo su...

Note sul dolo nei reati omissivi propri, con particolare riguardo al reato di omissione di soccorso 108
Fabio Basile

Recenti orientamenti sul lavoro di pubblica utilità 117
Antonia Menghini e Elena Mattevi

Repressione penale della tortura e Costituzione: anatomia di un reato che non c'è 129
Andrea Pugiotto

Sommario

Gli effetti della cancellazione della società dal registro delle imprese sulla responsabilità "da reato" dell'ente 153
Gaspare Jucan Sicignano

L'adeguamento del sistema penale italiano al "diritto europeo" tra giurisdizione ordinaria e costituzionale 167
Francesco Viganò

Giurisprudenza in primo piano

La Corte di Giustizia considera la direttiva europea 2006/24 sulla c.d. "*data retention*" contraria ai diritti fondamentali. Una lunga storia a lieto fine? 178
Roberto Flor

La confisca allargata: dalla lotta alla mafia alla lotta all'evasione fiscale? 191
Anna Maria Maugeri

Adescamento di minorenni tramite *Facebook*: tra tentativo di violenza sessuale mediante induzione con inganno e nuovo art. 609-*undecies* c.p. 218
Marco Montanari

"Alla ricerca dell'induzione perduta": le Sezioni Unite tentano una soluzione 231
Daniele Piva

La sentenza n. 5/2014 della Corte costituzionale: una nuova importante restrizione delle "zone franche" dal sindacato di legittimità nella materia penale 242
Marco Scoletta

Ardita la rotta o incerta la geografia? La disapplicazione della legge 40/2004 "in esecuzione" di un giudicato della Corte EDU in tema di diagnosi preimpianto 251
Antonio Vallini

Editoriale

1 **In questo numero**
Francesco Viganò

IN QUESTO NUMERO

Francesco Viganò

1. La copertina di questo numero è dedicata a due grandi magistrati, protagonisti e vittime del contrasto contro la mafia nel nostro paese. Abbiamo scelto proprio questa foto, a tutti familiare, per riprendere una volta ancora il discorso sulla criminalità organizzata e sugli strumenti per combatterla; ma anche, in fondo, per ripensare a Falcone e Borsellino, in un momento culturale e politico in cui si tende a imputare alla magistratura non più (come nel recentissimo passato) il perseguimento di precisi progetti politici volti a sovvertire gli assetti politici scaturiti dalle urne elettorali, quanto – più banalmente – l'intera responsabilità della crisi in cui versa la nostra giustizia, civile e penale.

Una crisi reale e profonda, beninteso: che è però falso attribuire, come invece si vuole accreditare anche da parte degli attuali detentori del potere politico, allo scarso impegno dei magistrati nell'assolvere i loro compiti istituzionali, senza avere il coraggio – e la determinazione politica, nell'arco dei mille giorni in cui si dovrebbe misurare il cambiamento promesso – di affrontare alla radice i problemi. A cominciare, per quanto riguarda la giustizia penale, dall'esigenza di riformare ab imis un sistema processuale che costringe i magistrati a ritmi di lavoro assai più elevati di quelli che si registrano nella generalità dei paesi europei (basti pensare all'esempio estremo degli oltre 50.000 ricorsi all'anno decisi dalla nostra Corte di cassazione), e che nonostante questi sforzi – di cui qualcuno dovrebbe pur parlare – non riesce a produrre risposte efficienti e ragionevolmente rapide ai bisogni di giustizia della collettività, delle vittime e degli stessi autori di reato.

Per quel che vale, ci pare allora importante rammentare (se non altro a noi stessi, come si dice nel gergo forense) che la magistratura italiana è stata una risorsa fondamentale per il nostro paese, nella lotta alla criminalità mafiosa – anche a prezzo del sacrificio della vita, o più semplicemente di una vita personale e familiare 'normale' per i molti magistrati che debbono vivere ancora oggi sotto scorta – così come nel contrasto ad altre forme gravissime di criminalità, dal terrorismo di matrice interna e internazionale alla piaga della corruzione nella pubblica amministrazione; e che l'indipendenza dal potere politico della magistratura – anche degli uffici del pubblico ministero, e della polizia giudiziaria dei quali tali uffici dispongono per espresso dettato costituzionale – rappresenta una condizione essenziale per garantire effettività nello svolgimento di questi compiti.

Anche per questo serve, oggi, ricordare le figure eroiche di Falcone e Borsellino: servitori dello Stato, e non dei potenti di turno.

2. Ciò posto, enormi sono i problemi che il nostro sistema penale deve affrontare, e che esigono soluzioni intelligenti, coraggiose e al tempo stesso equilibrate da parte di tutti i suoi attori: legislatore, magistratura, avvocatura. Proprio attorno al tema del contrasto alla criminalità organizzata si muovono i contributi con cui si apre questo fascicolo: dal nodo della riforma (attuata) dello scambio elettorale politico mafioso a quello della riforma (in fieri) del riciclag-

gio ed autoriciclaggio, ai futuri assetti della Procura nazionale antimafia, al problema annoso del concorso esterno e della sua configurazione (gravida di conseguenze pratiche) come reato istantaneo o permanente. Questioni, tutte, che evocano il consueto – ma non per ciò meno drammatico – problema della ricerca, con il contributo di tutti gli attori poc'anzi evocati, di punti di equilibrio sostenibili tra esigenze preventivo-repressive e tutela dei diritti delle persone nei cui confronti si esercita, o può esercitarsi, la pretesa punitiva statale.

Il medesimo esercizio di quadratura del cerchio si impone, del resto, anche rispetto al tema delle misure di prevenzione patrimoniale, oggetto di un nuovo densissimo intervento di Anna Maria Maugeri: misure che si stanno ormai trasformando in un potentissimo arsenale per molti versi alternativo (e non più, come ancora nel recente passato, complementare) al diritto penale, ma che proprio per la loro enorme incidenza sui diritti fondamentali dell'individuo dovrebbero essere sempre più oggetto dell'attenzione degli studiosi del diritto e della procedura penale, e della loro stessa attività didattica.

3.

Rinviamo al sommario per l'elencazione di tutti gli altri temi di cui si occupa questo numero, segnalando soltanto – prima di chiudere questa nostra informale chiacchierata – l'importante contributo di Andrea Pugiotto, autorevole costituzionalista ormai ospite fisso della nostra rivista, sulla ormai annosa questione dell'introduzione nel nostro ordinamento del delitto di tortura, in adempimento degli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la ratifica della Convenzione ONU sulla tortura del 1984, nonché degli obblighi derivanti dall'art. 3 della CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo. Sul tema il lettore interessato potrà, altresì consultare sulla nostra quotidiana il parere esposto da chi scrive nel corso di un'audizione svoltasi il 24 settembre scorso presso la Commissione giustizia della Camera, impegnata nell'esame di un testo già approvato dal Senato non esente – purtroppo – da vari profili critici, che sarebbe a mio avviso opportuno emendare: anche a costo di ritardare di qualche mese l'iter di un provvedimento pure sacrosanto, e sulla cui urgenza per fortuna un po' tutte le forze politiche paiono ora concordare.

Buona lettura a tutti, dunque; e arrivederci alla prossima puntata.

Mafia e crimine organizzato

4 **La riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso**
Giuseppe Amarelli

24 **"Superprocura" e coordinamento delle indagini in materia di criminalità organizzata tra presente, passato e futuro**
Sergio Lorusso

40 **Sul preteso carattere permanente del 'concorso esterno'**
Vincenzo Maiello

49 **La "clessidra" del riciclaggio ed il privilegio di *self-laundering*: note sparse a margine di ricorrenti, astratti furori del legislatore**
Luca Troyer e Stefano Cavallini

LA RIFORMA DEL REATO DI SCAMBIO ELETTORALE POLITICO-MAFIOSO

Una più chiara graduazione del disvalore delle condotte di contiguità mafiosa?

Giuseppe Amarelli

Abstract

La legge 17 aprile 2014, n. 62 ha profondamente modificato il delitto di scambio elettorale politico-mafioso di cui all'art. 416 *ter* c.p., intervenendo sia sul versante della condotta incriminata, ampliandola sensibilmente, sia su quello della pena edittalmente comminata, riducendola in maniera proporzionata e ragionevole. Sotto il primo profilo, infatti, ha dilatato la gamma dei fatti punibili, includendovi l'accettazione della promessa di voti in cambio della promessa o dell'erogazione (oltre che di denaro, anche) di altra utilità; sotto il secondo, ha ridotto la cornice sanzionatoria rispetto all'art. 416 *bis* c.p. in ragione del diverso e meno grave disvalore delle condotte incriminate.

Sommario

1. Le ragioni della riforma: le imperfezioni dell'originario art. 416 ter c.p. – 1.1. (Segue…) gli opinabili rimedi elaborati dalla giurisprudenza. – 2. Il travagliato iter legislativo. – 3. La nuova struttura 'plurisoggettiva necessaria propria' della fattispecie. – 3.1. La precedente formulazione. – 3.2. Il nuovo comma 2 dell'art. 416 ter c.p. e l'espressa punizione anche del promittente. – 4. I protagonisti dell'accordo: oltre il dualismo 'politico vs mafioso'. – 5. La condotta incriminata: l'accettazione della promessa di procurare voti mediante il 'metodo mafioso'. – 5.1. La natura della fattispecie: reato-contratto di mera condotta. – 5.2. L'ampliamento dell'oggetto della prestazione del politico: denaro o altra utilità. – 5.3. L'ampliamento del contenuto della prestazione: erogazione o promessa di erogazione. – 6. La mancata delimitazione dell'elemento soggettivo. – 7. Il momento consumativo: un nuovo reato 'a schema duplice'? – 8. I problematici rapporti tra il 416 ter, comma 1 c.p., il concorso esterno ed i reati di corruzione elettorale. – 8.1. (Segue…) e quelli tra il 416 ter, comma 2 c.p., il concorso esterno ed i reati di corruzione elettorale. – 9. La nuova dosimetria sanzionatoria. – 10. Le questioni di diritto intertemporale. – 11. Conclusioni: l'odierna graduazione della rilevanza penale delle condotte di contiguità politico-mafiosa.

1. Le ragioni della riforma dell'art. 416 *ter* c.p.: le imperfezioni dell'originario art. 416 *ter* c.p.

Poco più di venti anni fa, sotto la spinta emotiva ed emergenziale delle tragiche stragi di mafia di Capaci e via D'Amelio, veniva inserito nell'ordito normativo delle fattispecie codicistiche volte ad arginare il fenomeno mafioso l'art. 416 *ter* c.p. contenente il delitto di scambio elettorale politico-mafioso; contestualmente, veniva modificato l'art. 416 *bis*, comma 3, ultima parte, c.p. aggiungendovi – come espressione tipica del sodalizio mafioso – il fine di «impedire o di ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali»[1].

Com'è noto, però, sin da subito è stata evidenziata l'assoluta inadeguatezza della nuova ipotesi delittuosa rispetto al perseguimento dell'obiettivo che si era prefissa: quello di colpire, nella fase genetica, l'instaurazione di rapporti tra il mondo della politica e quello dei sodalizi criminali di stampo mafioso, tramite l'estensione agli esponenti del primo delle severe pene previste per quelli del secondo nei casi di c.d. voto di scambio[2].

Un'attenta lettura del testo legislativo faceva, infatti, risaltare immediatamente la sua scarsa o nulla effettività, svelandone le tante criticità frutto della travagliata gestazione, culminata nel ricorso ad un frettoloso e compromissorio decreto legge (il d.l. 8 giugno 1992, n. 306, recante *Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa*, convertito in legge n. 356, il 7 agosto 1992).

In primo luogo, stando al tenore letterale della fattispecie, il contenuto dell'illecito era costituito da un accordo sinallagmatico in cui un soggetto appartenente ad un clan prometteva voti ad un candidato in una competizione elettorale in cambio dell'erogazione del solo denaro: si trascurava, cioè, di tener presente che nella realtà criminologica quasi mai il politico ricambia il supporto dei sodalizi mafiosi tramite l'elargizione di denaro, ma, al contrario, il più delle volte, attraverso la concessione di favori diversi quali, ad esempio, l'assegnazione di appalti, l'assunzione di lavoratori ecc.[3].

In secondo luogo, il momento consumativo era individuato nell'erogazione di denaro da parte del candidato e non nel momento antecedente della stipula dell'accordo, tralasciando di tener presente che, nella maggior parte delle ipotesi, il politico si sdebita con l'associazione procedendo al pagamento del prezzo pattuito solo dopo l'esito positivo delle elezioni, nel momento in cui si trova nelle condizioni di 'aiutarlo' e, quindi, una volta che già si è realizzato e, soprattutto, ha anche prodotto i suoi effetti negativi, il tipo di comportamento che la norma si propone di reprimere.

Per queste ragioni il nuovo reato sembrava essersi rivelato l'ennesimo prodotto sterile della legislazione simbolica di natura emergenziale forgiato dal nostro legislatore[4].

[1] Per una ricostruzione dell'origine della fattispecie e dei suoi congeniti difetti strutturali si rinvia a G.A. de Francesco, *Commento all'art. 11 ter d.l. 8 giugno 1992, n. 306*, in *Leg. pen.*, 1993, 122 ss.; C. Visconti, *Il reato di scambio elettorale politico-mafioso*, in *Ind. pen.*, 1993, 273 ss.; G. Fiandaca, *Accordo elettorale politico-mafioso e concorso esterno in associazione mafiosa. Una espansione incontrollata del concorso criminoso*, in *Foro it.*, 1996, V, 127 ss.; C.F. Grosso, *Accordo elettorale politico-mafioso e concorso esterno in associazione mafiosa: una configurazione possibile*, ivi, 121 ss.; A. Cavaliere, *Lo scambio elettorale politico-mafioso*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale*, a cura di S. Moccia, vol. I, *I delitti contro l'ordine pubblico*, Napoli, 2006, 639 ss.; M. Pelissero, *Associazione di tipo mafioso e scambio elettorale politico-mafioso*, in *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, a cura di Id., in *Trattato teorico/pratico di diritto penale*, diretto da C. Palazzo-C.E. Paliero, Torino, 2010, 326 s.; A. Barazzetta, *Art. 416* ter, in *Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini-G. Marinucci, 3a ed., Milano, 2011, 4345 s.; nonché, da ultimo, per un succinto ma completo riavvolgimento della cronostoria del frettoloso e contrastato varo dell'art. 416 *ter* c.p., cfr. A. Panetta-A. Balsamo, *Sul patto elettorale politico mafioso vent'anni dopo. Poche certezze, molti dubbi*, in *Cass. pen.*, 2012, 3756 s.; N. Madia, *Scambio elettorale politico-mafioso: il fascino riscoperto di una fattispecie figlia di un dio minore*, ivi, 2013, 3328 ss.

[2] M.T. Collica, *Scambio elettorale politico mafioso: deficit di coraggio o questione irrisolvibile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 877 ss.; Morosini, *Riflessi penali e processuali del patto di scambio politico-mafioso*, in *Foro it.*, 2001, II, 80 ss.; G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Bologna, 5a ed., 2011, 498.

[3] Sul punto cfr. M.T. Collica, *Scambio elettorale politico mafioso*, cit., 879; G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Bologna, 5 ed., 2011, 499. Tale aspetto è stato anche evidenziato nella *Relazione alla proposta di legge C. 204*, presentata alla Camera dei Deputati il 15 marzo 2013.

[4] La natura simbolica ed emergenziale della originaria versione dell'art. 416 *ter* c.p. è ben evidenziata da A. Cavaliere, *Lo scambio elettorale politico-mafioso*, cit., 640; in argomento si rinvia più ampiamente a S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2a ed., Napoli, 1997, *passim*.

1.1. *(Segue…) gli opinabili rimedi elaborati dalla giurisprudenza.*

La inadeguatezza del testo normativo ha prodotto, come sempre più spesso accade, un cortocircuito nei rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario[5], stimolando il secondo a trovare in maniera autonoma e creativa una risposta adeguata ed appagante al fenomeno del c.d. voto di scambio.

Una parte della giurisprudenza, difatti, facendo strame del principio di legalità, e anteponendo apprezzabili (forse) ma mai condivisibili ragioni di equità sostanziale e difesa sociale, ha provato a ridefinire in via ermeneutica lo statuto di tipicità dell'art. 416 *ter* c.p. finendo per forzare il dato letterale ben oltre i margini consentiti dall'interpretazione estensiva costituzionalmente ammessa in materia penale e per dilatare oltremodo il 'tipo criminoso' *contra reum* e *contra legem*[6].

Innanzi tutto, si è assistito all'interpretazione additiva *in malam partem* della fattispecie sul terreno della condotta incriminata: talune sentenze della Suprema Corte, anche in tempi recentissimi, hanno ritenuto che il delitto in questione si configurava non solo nel caso in cui l'oggetto del patto fosse costituito dalla erogazione di denaro, ma anche in quelli, molto più frequenti, in cui fosse rappresentato dalla erogazione di altra utilità, purché si trattasse di utilità economicamente apprezzabili[7].

Secondariamente, altre decisioni della Cassazione hanno mutato il contenuto della condotta del politico (o più latamente, del promissario) penalmente rilevante, stabilendo che questo non doveva coincidere con il dato dell'erogazione del denaro, secondo quanto testualmente stabilito, bensì, con quello della mera promessa dell'erogazione, accontentandosi così per la consumazione del reato della prova della sola stipula dell'accordo[8].

Altra parte della giurisprudenza, invece, partendo dalla previa presa d'atto della sostanziale inapplicabilità dell'art. 416 *ter* c.p. al patto elettorale politico-mafioso a causa della sua imperfetta e grossolana formulazione, ha provato ad attrarlo nell'orbita attigua, ma sensibilmente diversa, come si avrà modo di chiarire più avanti, del concorso esterno[9].

In talune decisioni a cavallo tra l'ultimo decennio del secolo scorso ed i primi anni del 2000 la Suprema Corte è, infatti, pervenuta alla conclusione di ritenere che la mera stipula del patto di scambio potesse configurare una delle forme di contiguità mafiosa punibili ai sensi

[5] In questo specifico campo i difficili rapporti tra legge penale e giudice sono indagati con la consueta profondità da G. Fiandaca, *Il diritto penale tra legge e giudice. Raccolta di scritti*, Padova, 2003, *passim*; Id., *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini-C.E. Paliero, vol. I, Milano, 2006, 239 ss.; nonché da V. Maiello, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale. Raccolta di scritti*, Torino 2014, *passim*; F. Viganò, *Riflessioni conclusive in tema di "diritto penale giurisprudenziale", "partecipazione" e "concorso esterno"*, in AA.VV., *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio. Un contributo all'analisi e alla critica del diritto vivente*, a cura di L. Picotti-G. Fornasari-F. Viganò-A. Melchionda, Padova, 2005, 279 ss. Più in generale, per approfondimenti ed una più ampia rassegna bibliografica sull'argomento sia consentito rinviare anche al nostro *Legge penale e giudice: un vecchio rapporto alla ricerca di un nuovo equilibrio*, in *Cass. pen.*, 2014, 403 ss.

[6] La natura apertamente analogica delle operazioni ermeneutiche in *malam partem* compiute dalla giurisprudenza di legittimità negli ultimi anni è messa in luce chiaramente da G. Insolera, *Il sistema penale*, Testo rivisto della relazione al convegno, *Ripensare l'antimafia. Nuovi contenuti per le sfide del futuro*, Palermo 4-5 Aprile 2014, organizzato da Università di Palermo, Dipartimento di studi europei e della integrazione internazionale, in corso di pubblicazione, p. 8 del dattiloscritto.

[7] In tal senso cfr. da ultimo Cass., Sez. VI, 11 aprile 2012, n. 20924, in *Cass. pen.*, 2013, 1927, in cui è stato affermato che "ai fini della configurabilità del reato di scambio elettorale politico-mafioso, previsto dall'art. 416 *ter* c.p., l'oggetto materiale dell'erogazione offerta in cambio della promessa di voti può essere rappresentato non solo dal denaro, ma da qualsiasi bene traducibile in un valore di scambio immediatamente quantificabile in termini economici (ad es., mezzi di pagamento diversi dalla moneta, preziosi, titoli, valori mobiliari, ecc.), restando invece escluse dal contenuto precettivo della norma incriminatrice altre 'utilità' che solo in via mediata possono essere oggetto di monetizzazione". Muovendo da questa dilatata lettura del termine "denaro" contenuto nell'art. 416 *ter* c.p. è stato ritenuto integrato il reato laddove l'oggetto materiale dell'erogazione era costituito da posti di lavoro. In senso conforme, cfr. anche Cass., Sez. II, 30 novembre 2011, n. 46922. Sul punto si rinvia a C. Visconti, *Verso la riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso: andiamo avanti, ma con giudizio*, in *Dir. Pen. Cont.*, 17 giugno 2013, 4.

[8] In tal senso cfr. da ultimo Cass., sez. I, 2 marzo 2012, 32820, in *Cass. pen.* 2013, 3149, secondo il cui avviso "il reato di scambio elettorale politico-mafioso si perfeziona al momento delle reciproche promesse, indipendentemente dalla materiale erogazione del denaro, essendo rilevante – per quanto attiene alla condotta dell'uomo politico – la sua disponibilità a venire a patti con la consorteria mafiosa, in vista del futuro e concreto adempimento dell'impegno assunto in cambio dell'appoggio elettorale". In termini analoghi, Cass., Sez. I, 2 marzo 2012, n. 32820, in *Dir. & Giust. on line*, 7 settembre 2012; Cass., Sez. V, 13 novembre 2002, n. 4293, in *C.E.D.*, n. 224274; e, soprattutto, Sez. un., 15 luglio 2005, n. 33748, Mannino; *contra*, v. Cass., Sez. VI, 13 aprile 2012, n. 18080, in *C.E.D.*, n. 252641; Sez. I, 25 novembre 2003, n. 4043, *ivi*, n. 229991, per cui è necessaria l'elargizione del denaro e il ricorso all'intimidazione mafiosa. Sul punto cfr. C. Visconti, *Verso la riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso: andiamo avanti, ma con giudizio*, cit., 5.

[9] In generale, per una approfondita trattazione del concorso esterno e dei suoi molteplici profili problematici, si rinvia ai lavori monografici di A. Cavaliere, *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi delle associazioni per delinquere e di tipo mafioso*, Napoli, 2003; C. Visconti, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003.

del combinato disposto degli artt. 110 e 416 *bis* c.p., integrando proprio una di quelle tipiche condotte disvalorate realizzabili da un estraneo al sodalizio criminoso[10]. Di più, rinnegando per il solo patto elettorale politico-mafioso le indicazioni fornite dalle Sezioni unite nella sentenza Dimitry del 1994 in forza delle quali il contributo di un estraneo ad una cosca era da ritenersi penalmente rilevante solo quando avesse prodotto un contributo causale per il suo consolidamento o rafforzamento nei momenti 'di fibrillazione'[11], è arrivata a considerarlo punibile a titolo di concorso esterno anche quando si sostanziava in una mera disponibilità *ex ante* prestata dal politico a favore del sodalizio criminoso in caso di eventuale e futuro esito positivo della consultazione elettorale[12].

Proprio per porre un freno a questa deriva ermeneutica che aveva dilatato oltre misura l'area del concorso esterno, nel 2005 sono intervenute nuovamente le Sezioni unite con la nota sentenza Mannino con cui hanno perentoriamente ridefinito in termini garantistici e coerenti con i principi fondamentali del diritto penale di marca costituzionale lo statuto di tipicità del concorso esterno, con specifico riguardo all'area dell'accordo politico-mafioso[13].

In quell'occasione le S.u. – sviluppando in maniera più articolata e solida il ragionamento della sentenza Dimitry, ribadito con qualche scalfitura dalla seconda sentenza delle Sezioni unite, la Carnevale del 2002[14] – hanno definitivamente riplasmato il concorso esterno come reato di evento, statuendo che per la sua sussistenza deve essere dimostrato l'effettivo e significativo apporto causale fornito dal soggetto estraneo al sodalizio criminoso per il consolidamento o rafforzamento delle capacità operative dell'intera organizzazione o di sue articolazioni settoriali, espungendo in questo modo dal suo ambito di operatività i meri accordi privi di efficacia eziologica rispetto al consolidamento del gruppo criminale e, a maggior ragione, le semplici 'aperture di credito' del politico al clan[15]. Più precisamente, secondo il corretto avviso della sentenza Mannino, coerente con la sentenza Franzese, la promessa e l'impegno del politico integrano un'espressione punibile di concorso eventuale in associazione di stampo mafioso, solo allorché "all'esito della verifica probatoria *ex post* della loro efficacia causale e non già mediante una mera valutazione prognostica di idoneità *ex ante* (...), si possa sostenere che, di per sé e a prescindere da successive ed eventuali condotte esecutive dell'accordo, abbiano inciso immediatamente ed effettivamente sulle capacità operative dell'organizzazione criminale", non però in termini soggettivi, operando quindi sul terreno della mera causalità psichica quale rafforzamento soggettivo del senso di sicurezza, di impunità ecc. dei sodali, bensì in termini oggettivi ed organizzativi nel senso di produrre un concreto ed apprezzabile effetto sulla conservazione o sul rafforzamento delle capacità organizzative dell'organizzazione criminale o di sue articolazioni[16].

Non di meno, le difficoltà probatorie incontrate dalla giurisprudenza per accertare la sussistenza del concorso esterno in questi casi, scaturenti dalla sostanziale impossibilità di dimostrare all'interno del processo penale in termini oggettivi ed attendibili l'effettivo apporto

[10] Cass., Sez. 1, 17 aprile 2002, n. 21356, Frasca, con nota critica di V. Maiello, *Una* «judge-made law» *italiana: l'affermata punibilità, ex art. 110 e 416 «bis» c.p., del candidato alle elezioni che promette favori alla mafia in cambio di voti*, in *Foro it.*, 2003, II, c. 682, ed ora in V. Maiello, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, cit.

[11] Com'è noto, Cass., sez. un., 5 ottobre 1994, Demitry, *Foro it.*, 1995, II, 422, con nota di G. Insolera, *Il concorso esterno nei delitti associativi: la ragione di Stato e gli inganni della dogmatica*; M. Iacoviello, *Il concorso eventuale nel delitto di partecipazione ad associazione per delinquere*, in *Cass. pen.*, 1995, 858, aveva affermato che il contributo concorsuale punibile deve essere qualificato dai caratteri della «concretezza», dell'«effettività» e della rilevanza causale in direzione del mantenimento o rafforzamento dell'ente criminale. Sul punto v. A. Sessa, *Associazione di tipo mafioso e contiguità delittuosa: profili dommatici e di politica criminale*, in *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, a cura di S. Moccia, Napoli 1999, 191 ss.

[12] Per una serrata ed argomentata critica nei confronti di questo arresto della Suprema Corte si rinvia a V. Maiello, *Una* «judge-made law» *italiana*, cit., 682 ss.

[13] Cass., Sez. un., 12 luglio 2005, n. 33748, Mannino, in *Foro it.*, 2006, II, 86 ss. con nota di G. Fiandaca-C. Visconti, *Il patto di scambio politico-mafioso al vaglio delle Sezioni Unite*.

[14] Cass., Sez. un., 30 ottobre 2002, n. 22327, Carnevale, in *Cass. pen.*, 2003, 3276 ss: sul punto si rinvia ai contributi pubblicati nella sezione *Il concorso "esterno" tra teoria e prassi: un dilemma risolto o un istituto da rivedere?*, in *Leg. pen.*, 2003, 685 ss., di C.F. Grosso, *Il concorso esterno nel reato associativo: un'evoluzione nel segno della continuità*, 685 ss.; G. Fiandaca, *La tormentata vicenda giurisprudenziale del concorso esterno*, 691 ss.; M. Papa, *Un "baco del sistema"? Il concorso esterno nell'associazione mafiosa di nuovo al vaglio delle Sezioni unite tra prospettive di quarantena e terapie palliative*, 697 ss.; G.A. De Francesco, *I poliedrici risvolti di un istituto senza pace*, 704 ss.

[15] In argomento cfr. V. Maiello, *Concorso esterno in associazione mafiosa: la parola passi alla legge*, in *Cass. pen.*, 2009, 1352 ss., ed ora in V. Maiello, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, cit.

[16] Sul punto si veda F. Viganò, *Riflessioni conclusive in tema di "diritto penale giurisprudenziale", "partecipazione" e "concorso esterno"*, cit., 325; A. Corvi, *Partecipazione e concorso esterno: un'indagine sul diritto vivente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 269 ss.; P. Morosini, *La difficile tipizzazione giurisprudenziale del "concorso esterno" in associazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 59 ss.

causale fornito dal patto elettorale al rafforzamento dell'associazione sulla base di parametri friabili ed evanescenti quali la caratura dei personaggi coinvolti nell'accordo, il contenuto del patto, il tipo di sodalizio ecc., hanno sovente indotto i giudici di legittimità in alcune decisioni successive a trascurare o calpestare del tutto l'insegnamento della Mannino, salvo dichiarare talvolta formalmente di aderirvi, e a tornare a ritenere sussumibile nel 'tipo criminoso' del concorso esterno la mera disponibilità del politico ad aiutare, in caso di vittoria alle urne, la cosca rappresentata dal suo interlocutore[17].

In tempi più recenti, però, altra parte della giurisprudenza sembra aver voluto rivitalizzare il 'modello Mannino', precisando nella nota sentenza Dell'Utri che per integrare un patto politico-mafioso penalmente rilevante a titolo di concorso esterno non è sufficiente accertare la mera disponibilità del politico a soddisfare, in caso di eventuale esito positivo della consultazione elettorale, le richieste dell'associazione, bensì è indispensabile la prova di uno specifico contributo apportato dal concorrente alla conservazione o al rafforzamento dell'intera associazione di stampo mafioso[18].

Ciò nonostante, appena pochi mesi dopo questa pronuncia, una diversa sezione della Suprema Corte in un nuovo arresto giurisprudenziale ha ancora una volta ritenuto sufficiente, ai fini dell'integrazione del delitto di cui agli artt. 110 e 416 *bis* c.p., l'accordo di scambio tra esponente politico e sodalizio mafioso che si impegna a sostenerlo in una competizione elettorale, senza condizionarlo all'effettiva ripercussione dell'impegno assunto dal primo sulle sorti e sul funzionamento del secondo[19].

Inoltre, non si deve tralasciare che i dubbi circa la qualificazione giuridica del patto elettorale politico-mafioso erano (e continuano ad essere, come si vedrà *infra* al § 8) ulteriormente acuiti dal fatto che nella legislazione penale complementare figurano altre disposizioni incriminatrici con cornici edittali ridotte rispetto a quelle degli artt. 416 *bis* e *ter* c.p. che si prestano ad attagliarsi a questo fenomeno. Ci si riferisce ai reati di corruzione elettorale (art. 96, T.u. delle leggi elettorali, d.P.R. 30 marzo 1957, n. 361 per le elezioni politiche, e art. 85, d.P.R. 750/60, per le elezioni amministrative) che sanzionano "chiunque offre, promette o somministra denaro, valori, o qualsiasi altra utilità o promette, concede o fa conseguire impieghi pubblici e privati" per ottenere il voto da un elettore, con una pena che va da uno a quattro anni di reclusione, nonché, specularmente, con la stessa pena l'elettore che accetta la promessa o riceve l'elargizione); ed ai reati di coercizione elettorale (art. 97, l. n. 361/57, e art. 87, l. n. 570/60), che sanzionano "chiunque usa violenza o minaccia per costringere l'elettore ovvero con qualunque mezzo illecito atto a diminuire la libertà degli elettori", a esprimere il proprio voto a favore di un candidato o di una lista, con una pena che va da uno a cinque anni di reclusione. È invero evidente (nonostante la confusione giurisprudenziale sul punto[20]) come nel caso di un accordo tra un candidato ed un esponente di una cosca ben si possa verificare che siano compiuti anche tali reati aggravati dal metodo mafioso ai sensi dell'art. 7, d.l. n. 152/1991 nei confronti dei singoli elettori e che, quindi, anche laddove non sia provata la punibilità a titolo di concorso esterno o di 416 *ter* c.p., le condotte siano comunque sanzionabili penalmente ai sensi di queste disposizioni, potendo esse trovare applicazione diretta per il mafioso ed indiretta per il politico tramite il volano del concorso eventuale[21].

[17] In palese contrasto con le indicazioni della sentenza Mannino si veda Cass., Sez. IV, 15 maggio 2006, Prinzivalli, laddove – in un caso che vedeva coinvolto un giudice – la Corte aveva rimodulato la rilevanza della condotta dell'*extraneus* facendo leva sulla sua attitudine a diffondere e rafforzare un senso di sicurezza fra gli appartenenti del sodalizio, rivitalizzando la categoria della causalità psichica c.d. da 'rafforzamento' dell'organizzazione criminale, che le Sezioni unite 2005 avevano espressamente stigmatizzato; Cass., 1 giugno 2007, Tursi Prato, in cui addirittura, si torna ad affermare (ignorando del tutto le indicazioni di Mannino, senza neanche confutarle) che per la configurabilità del concorso esterno è sufficiente il mero accordo, "costituendo tale circostanza agli occhi dei consociati in qualche misura una sorta di (obliqua) legittimazione, a prescindere da vantaggi economici più concreti e contingenti"; Cass., 13 giugno 2007, Patriarca. Sul punto, per approfondimenti e rilievi critici si rinvia a V. Maiello, *Concorso esterno in associazione mafiosa: la parola passi alla legge*, cit., 1360 ss.

[18] In tal senso cfr. Cass., Sez. V, 9 marzo 2012, n. 15727, Dell'Utri, in *Dir. pen. cont.*, 7 maggio 2012, con scheda illustrativa di A. Bell.

[19] Così, Cass., Sez. I, 9 gennaio 2013, n. 8531, Ferraro.

[20] Sulla differenza tra le due fattispecie cfr. Cass., Sez. I, 24 aprile 2012, n. 27655, in *Cass. pen.*, 2013, 1482, secondo cui "il reato di corruzione elettorale ed il delitto di scambio elettorale politico-mafioso differiscono tra loro in quanto nel primo di essi viene punito il candidato che, per ottenere il voto, offre, promette o somministri danaro, valori ovvero qualsiasi altra utilità, mentre nel secondo la promessa di voti viene fatta, in cambio di erogazione di denaro, da un aderente ad associazione mafiosa mediante l'assicurazione dell'intervento di membri della medesima, sì che in esso è tipico il ricorso alla forza d'intimidazione derivante dal vincolo associativo mafioso"; in senso conforme cfr. Cass., Sez. VI, 13 aprile 2012, n. 18080; Cass., Sez. V, 19 febbraio 2004, n. 10785. In dottrina, sebbene non con unanimità di vedute, l'argomento è affrontato da I. Fonzo-F. Puleio, *Lo scambio elettorale politico mafioso, un delitto fantasma*, in *Cass. pen.*, 2005, 747; A. Albamonte, *Le modifiche apportate all'art. 416-bise la mafia politica*, ivi, 1992, 169; M.T. Collica, *Scambio elettorale politico mafioso, cit.*, 877.

[21] In argomento si veda C. Visconti, *Verso la riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso: andiamo avanti, ma con giudizio*, cit., 7 s.

In un panorama giurisprudenziale così confuso ed ondivago, dominato da una sorta di "anarchia ermeneutico-decisionale", in cui si continuava ad assistere ad oscillanti ed imprevedibili difformi valutazioni del patto elettorale politico-mafioso, si avvertiva forte l'esigenza di una riforma volta a fare chiarezza ed a ridefinire, per via legale, i caratteri connotativi del suo disvalore penale, nonché la relativa e proporzionata cornice edittale[22].

2. Il travagliato *iter* legislativo.

In questo contesto, si inquadrano i diversi disegni di legge che negli ultimi due anni sono stati presentati in Parlamento con il comune scopo di sopperire agli originari difetti di formulazione della fattispecie di cui all'art. 416 *ter* c.p. e di restituire al delitto di patto elettorale politico-mafioso una ben definita ed autonoma portata operativa rispetto all'attigua figura criminosa del concorso esterno[23], nonché di rafforzare la tutela penale nei confronti di ogni forma di contatto tra pubbliche istituzioni e cosche mafiose[24].

Anche questa volta, come nel 1992, la gestazione della riforma è stata tutt'altro che pacifica e lineare. Com'è noto, infatti, sono stati necessari oltre quattrocento giorni di discussione, quattro letture delle Camere, molteplici emendamenti contrastanti ed una seduta di lavori parlamentari particolarmente accesa, per arrivare il 16 aprile 2014 alla definitiva approvazione da parte del Senato del disegno di legge S. 948-B ed alla conseguente promulgazione della legge 17 aprile 2014, n. 62, recante "*Modifica dell'articolo 416*-ter *del codice penale, in materia di scambio elettorale politico-mafioso*"[25].

Se, come si è visto, era unanimemente avvertita come improcrastinabile la ridefinizione di questa fattispecie incriminatrice, a causa della sua ineffettività, non erano però altrettanto convergenti i pareri circa il contenuto da conferire tanto al suo precetto primario, quanto alla relativa cornice edittale.

Da un lato, cioè, si conveniva nel reputare l'originaria formulazione dell'art. 416 *ter* c.p. – frutto nel 1992, come si è detto, di un compromesso 'al ribasso' – del tutto inadeguata a soddisfare l'esigenza politico-criminale di prevenzione e repressione dello scambio di reciproci favori tra esponenti politici e appartenenti ai sodalizi di stampo mafioso, a causa del suo rigido ancoramento al rapporto sinallagmatico 'promessa di voti *versus* erogazione di denaro'; dall'altro, invece, si stentava a trovare un accordo sui caratteri della condotta meritevole di autonoma previsione incriminatrice e sulla relativa comminatoria edittale, contrapponendosi i sostenitori di un'opzione simbolica, onnicomprensiva e sostanzialmente più severa, a quelli di una maggiormente selettiva, proporzionata e rispettosa delle garanzie penalistiche a sfondo costituzionale.

Proprio la difficoltà di raggiungere un punto di equilibrio ragionevole tra queste due soluzioni legislative antitetiche e la necessità di non forgiare un'altra volta una fattispecie in materia di contiguità mafiosa costellata "di trappole infernali in cui rischia di cadere il magistero penale alle prese con indagini e processi dagli esiti incerti e comunque controversi"[26], ha inciso in modo significativo sui tempi di approvazione, dilatandoli esasperatamente. La lunga attesa, però, è stata parzialmente compensata dalla decisione del legislatore di avvalersi della possibilità prevista nell'art. 10 disp. prel. cod. civ. di derogare agli ordinari termini della *vacatio legis* ivi indicati, disponendo all'art. 2 della medesima legge, in luogo dei canonici quindici giorni di

[22] In tal senso cfr. V. Maiello, *Concorso esterno in associazione mafiosa: la parola passi alla legge*, cit., 1361. Per una posizione più netta in un'ottica *de lege ferenda* si veda A. Cavaliere, *Lo scambio elettorale politico-mafioso*, 641 s., secondo il cui avviso l'art. 416 *ter* c.p. dovrebbe essere espunto dal sistema penale, essendo difficilmente compatibile con il principio di offensività e potendo comunque essere assorbito il disvalore delle condotte da esso descritto tanto nel concorso eventuale nei delitti di corruzione e coercizione elettorale, quanto, laddove si ravvisino i diversi e più stringenti requisiti, nel concorso eventuale nell'associazione di stampo mafioso di cui all'art. 416 *bis* c.p.

[23] Sulle finalità della riforma si veda la *Relazione alla proposta di legge C. 204*, cit.;

[24] Per una completa ricognizione dei diversi ddl presentati in Parlamento (con specifico riferimento ai ddl C-251 Vendola e a., e C-328 Sanna e a.) e delle rispettive peculiarità contenutistiche si rinvia a C. Visconti, *Verso la riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso: andiamo avanti, ma con giudizio*, cit. 8 ss.; in argomento si veda anche E. Squillaci, *Punti fermi e aspetti problematici nella riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso*, in *Arch. pen.*, 2013, n. 3, 1 ss. Per approfondimenti sui lavori parlamentari si veda *http://www.camera.it/leg17/465?area=16&tema=892&Scambio+elettorale+politico-mafioso*.

[25] Per un primo commento alla legge n. 62/2014 si veda la relazione dell'ufficio del massimario della Corte di Cassazione di A. Corbo, in *Dir. pen. cont.*, 7 maggio 2014.

[26] C. Visconti, *Verso la riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso*, cit., 2.

'decantazione', la sua immediata entrata in vigore il giorno successivo alla pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale, 17 aprile 2014, n. 90 e, cioè, il 18 aprile.

Una scelta così singolare – che insolitamente avvicina, sul versante dell'efficacia normativa, una legge ordinaria dal contenuto penale emanata dal Parlamento all'esito di un ponderato e democratico scrutinio ad un decreto legge varato dall'Esecutivo per contingenti ragioni di necessità ed urgenza – trova la sua *ratio* giustificatrice nell'esigenza emergenziale di rendere possibile l'applicazione del *novum* legislativo già alle imminenti consultazioni elettorali per il Parlamento europeo e per le tante amministrazioni locali previste per la fine del mese di maggio prossimo venturo.

Tuttavia, pur essendo imputabile ad apprezzabili valutazioni utilitaristiche, essa sembra riproporre sul terreno della legge ordinaria gli stessi dubbi avanzati da una parte della dottrina su quello della decretazione d'urgenza nel circoscritto campo del diritto penale[27]. La decisione di rendere immediatamente vigente la riforma di una figura delittuosa come l'art. 416 *ter* c.p. pare stridere con il principio di necessaria conoscibilità della norma incriminatrice e con "i *doveri strumentali di informazione* che, come ha affermato la sentenza costituzionale n. 364/88, gravano sullo Stato come condizione di *esigibilità* della pretesa all'obbligatorietà della legge penale, nella configurazione di rilevanza delineata dal nuovo testo dell'art. 5 c.p." Ed infatti "la mancata previsione di un periodo di *vacatio* rende potenzialmente non conoscibili, ovvero problematicamente conoscibili dai destinatari, i precetti contenuti nel decreto legge"[28].

Inoltre, tenendo conto anche della lettura della legalità rielaborata oggi a livello CEDU ed alla valorizzazione in quella sede effettuata del profilo della conoscibilità ed accessibilità della norma incriminatrice, la mancata previsione dei termini di *vacatio* sembra difficilmente collimare con simili esigenze, potendo porre, quindi, eventuali dubbi circa la legittima applicabilità di una norma priva degli stessi, come il novellato 416 *ter* c.p., ai fatti commessi nel ristretto lasso di tempo intercorrente tra la pubblicazione in Gazzetta ufficiale ed i quindici giorni successivi.

3. La nuova struttura 'plurisoggettiva necessaria propria' della fattispecie.

Tralasciando questi aspetti legati al piano formale delle fonti, è opportuno focalizzare l'attenzione su quelli afferenti al piano contenutistico dei molteplici profili della fattispecie di cui all'art. 416 *ter* c.p. attinti dall'intervento riformistico, facendo un'opportuna premessa: la maggior parte delle singole modifiche apportate dalla novella al testo normativo, in realtà, non introduce effettivi elementi di originalità rispetto al passato, bensì recepisce, dandogli finalmente una veste legale, taluni orientamenti giurisprudenziali formatisi nel corso del tempo in palese contrasto con il divieto di analogia.

Per converso, però, la complessiva fisionomia della fattispecie unitariamente considerata consente di tratteggiare una nuova e più chiara mappa delle forme di contiguità politico-mafiosa declinata sulla base della minore o maggiore intensità delle stesse.

In ogni caso, come si vedrà, il testo varato costituisce un accettabile punto di approdo rispetto alle basi da cui si era partiti, essendo stato depurato nel corso dei passaggi parlamentari di alcuni dei suoi principali elementi discutibili; tuttavia, taluni suoi aspetti destano ancora perplessità, *in primis* – sotto il profilo dell'offensività – quello dell'individuazione del momento consumativo e, quindi, dell'essenza di disvalore del fatto, nella mera stipula dell'accordo[29].

[27] Avanzano fondate e condivisibili perplessità in merito all'utilizzo del decreto legge come fonte del diritto penale C. Cupelli, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012, 130 ss.; G. Marinucci –E. Dolcini, *Manuale di diritto penale*, Milano, 4a ed., 2012, 37.

[28] Così V. Maiello, *'Riserva di codice' e decreto legge in materia penale: un (apparente) passo avanti ed uno indietro sulla via del recupero della centralità del codice*, in AA.VV., *La riforma della parte generale*, a cura di A. Stile, Napoli, 2003, 173.

[29] Un'ulteriore ed interessante proposta di riforma dell'art. 416 *ter* c.p. era stata avanzata da C. Visconti, *Verso la riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso*, cit., 10, secondo il cui avviso il reato avrebbe dovuto essere riformulato come segue: "*Chiunque ottiene, per sé o per altri, la promessa di voti secondo le modalità previste dal terzo comma dell'art. 416* bis*, in cambio promettendo all'associazione che si adopera per procurarli, denaro, appalti, autorizzazioni, concessioni, finanziamenti pubblici o privati o comunque altro indebito profitto, è punito con la reclusione…*".

3.1. *La precedente formulazione.*

Il primo rilevante cambiamento riguarda la struttura della fattispecie di scambio elettorale politico-mafioso.

La disposizione originaria costituiva, infatti, un esempio emblematico di figura criminosa plurisoggettiva necessaria impropria dal momento che, pur descrivendo un reato-contratto a prestazioni sinallagmatiche corrispettive avente causa illecita[30], sottoponeva a pena unicamente una delle due parti e, segnatamente, il politico e non anche il procacciatore dei voti appartenente ad un clan mafioso[31]. Non figurava, infatti, un altro comma o un'altra disposizione (come ad esempio l'art. 321 c.p. per i fatti di corruzione) che stabiliva l'estensibilità delle pene previste da quella disposizione anche al promittente. La fattispecie, cioè, pur presupponendo sul piano naturalistico la realizzazione di un comportamento plurisoggettivo, quale è inevitabilmente la stipula di qualsiasi patto tra un promittente ed un promissario, per precisa scelta politico-criminale restringeva il novero dei soggetti punibili al solo soggetto estraneo alla consorteria mafiosa, presumendo che la condotta del partecipe intraneo sarebbe stata comunque punita ai sensi dell'art. 416 *bis* c.p.

D'altronde, l'esigenza di prevedere la punibilità per tali condotte anche del sodale oltre che del mero contiguo era stata teoricamente appagata dallo stesso legislatore del 1992 tramite la contestuale introduzione nell'art. 416 *bis*, comma 3 c.p. della finalità "di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali"; in questo modo si pensava di aver previsto la sanzionabilità dell'appartenente al clan mafioso che stringeva accordi con un politico in vista delle elezioni a titolo di partecipazione e, quindi, il reato di cui all'art. 416 *ter* c.p. serviva unicamente ad estendere la punibilità allo stesso titolo di reato all'estraneo alla cosca mafiosa.

Tuttavia, si trascurava di considerare che il comma 3 dell'art. 416 *bis* c.p. non aveva una funzione incriminatrice, essendo invece una norma meramente definitoria dei caratteri dell'associazione il cui fine era di contribuire a descrivere gli elementi da cui desumere la natura mafiosa del sodalizio a cui un soggetto è affiliato, ma non di elencare tassativamente i fatti specifici che integrano la sua condotta di partecipazione.

3.2. *Il nuovo comma 2 dell'art. 416 ter c.p. e l'espressa punizione anche del promittente.*

A differenza del passato, l'odierna formulazione si sviluppa in due commi modellati sulla falsariga proprio delle menzionate disposizioni in materia di corruzione contenute negli artt. 318 e ss. c.p.[32]. Dalla loro lettura in combinato disposto si evince che oggi il reato di voto di scambio delineato dal legislatore è divenuto una fattispecie plurisoggettiva necessaria propria, in cui chi promette di procacciare voti è punito, oltre che per la partecipazione nell'associazione di stampo mafioso, anche per la mera stipula dell'accordo. Nell'inedito secondo comma aggiunto dalla novella, infatti, è prevista la punibilità con le stesse pene di chi accetta la promessa di voti, anche dell'altra parte dell'accordo criminoso, vale a dire di chi promette di procurare i voti avvalendosi del c.d. metodo mafioso di cui all'art. 416 *ter* c.p.

Una simile scelta può apparire ragionevole e condivisibile per un duplice ordine di ragioni. Anzitutto, perché elimina l'anomalia di un reato-contratto in cui era punita una sola delle due

[30] La non punibilità di una delle due parti è, infatti, prerogativa caratteristica di quelle fattispecie solo apparentemente ascrivibili al *genus* dei reati-contratto, ma sostanzialmente incentrate, invece che sullo scambio di prestazioni corrispettive tra due soggetti in posizione paritaria, su quello di prestazioni manifestamente sproporzionate tra due persone (per l'appunto autore e vittima) in un rapporto di supremazia-inferiorità, come ad esempio gli artt. 600, 600 *bis* comma 2 e 644 c.p. L'unica fattispecie dove si ravvisa una situazione all'apparenza analoga è quella di cui all'art. 377, comma 2 c.p. in materia di intralcio alla giustizia; ma anche in questo caso, in realtà, ciò che legittima la punibilità di uno solo dei due concorrenti necessari è l'assenza di una posizione paritaria tra le parti, sebbene dopo la riforma dell'art. 319 *quater* c.p., in cui è stato sottoposto a pena anche l'indotto, tale opzione potrebbe oggi risultare irragionevole.

[31] In argomento, si rinvia per approfondimenti sulla categoria dei reati-contratto e per ulteriori classificazioni e differenziazioni a I. Leoncini, *Reato e contratto nei loro reciproci rapporti*, Milano, 2006, *passim*.

[32] Sulla natura plurisoggettiva necessaria propria dei reati di corruzione si veda *ex multis* M. Romano, *Commentario sistematico al codice penale. Parte speciale*, I, *I reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 3a ed., 2013, 141 ss.; C. Benussi, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di G. Marinucci-E. Dolcini, Milano, 2005, 524.

parti, nonostante la natura sinallagmatica delle prestazioni corrispettive pattuite, sulla scorta della considerazione che l'altra parte era punita a titolo di partecipazione all'associazione. Inoltre, in quanto 'sana' le acrobazie ermeneutiche compiute di recente da parte della giurisprudenza per pervenire al medesimo risultato. In una decisione della Suprema Corte dello scorso anno, infatti, allo scopo di rendere punibile anche la condotta del promittente dei voti, non sanzionabile a titolo di partecipazione *ex* art. 416 *bis* c.p. a causa della mancanza di adeguate prove circa la sua intraneità al sodalizio, era stato sostenuto che il suo comportamento potesse essere qualificato come concorso eventuale nel delitto di cui all'art. 416 *ter* c.p.[33]; è però noto che la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie, in rispettoso e coerente ossequio al principio di legalità, ammettono sì l'applicabilità dell'art. 110 c.p. (e, dunque, la funzione incriminatrice delle norme in materia di concorso eventuale nel reato) ai reati plurisoggettivi necessari impropri, ma unicamente riguardo alla condotta atipica del concorrente non punito, cioè alla condotta diversa da quella descritta dalla fattispecie incriminatrice e non sanzionata[34].

Non di meno, però, essa potrebbe porre dei problemi di raccordo e sovrapposizione con il delitto di cui all'art. 416 *bis* c.p., non essendo chiaro quale sia il rapporto tra le due fattispecie nel caso frequente in cui il patto elettorale sia stipulato proprio da un partecipe nel delitto di associazione di stampo mafioso. In una simile eventualità, si dovrà verificare se ci si trovi al cospetto di un concorso apparente di norme per assorbimento, oppure di un concorso di reati.

Si dovrà, cioè, indagare se si debba applicare il solo delitto (oggi divenuto più grave) di partecipazione di cui all'art. 416 *bis*, comma 3 c.p., in quanto assorbe in sé il disvalore di quello meno grave di cui all'art. 416 *ter*, comma 2 c.p., oppure, come sembra più probabile, se debbano essere ritenuti sussistenti entrambi, in quanto concorrono tra loro i due reati. Naturalmente, nessuno spazio sembra residuare per l'applicabilità del solo art. 416 *ter*, comma 2 c.p. sulla base del principio di specialità, dal momento che darebbe vita alla assurda, irragionevole e discriminatoria riduzione della pena per un partecipe intraneo all'associazione di stampo mafioso.

La prima scelta dovrebbe essere scartata all'esito di un ragionamento apagogico o per assurdo; ed infatti, ammettendo assorbito il disvalore del secondo comma dell'art. 416 *ter* c.p. in quello del terzo comma dell'art. 416 *bis* c.p. si finirebbe per pervenire alla sua tacita abrogazione e, quindi, per porre nel nulla il senso stesso della riforma. Una volta prevista la punibilità anche per il secondo contraente del patto elettorale con pene ridotte rispetto alla mera partecipazione, consistente (anche) nell'agire al fine di procurare a sé o ad altri voti in occasione di consultazioni elettorali, non sembra dunque irragionevole immaginare che questa condotta costituisca uno dei delitti-scopo dell'associazione di stampo mafioso, piuttosto che una condotta di minore disvalore rispetto alla partecipazione e, quindi, in essa assorbita. A ben vedere, tuttavia, siffatta opzione potrebbe eliminare un'aporia contenuta nella precedente normativa in materia di criminalità organizzata in cui il partecipe di un'associazione *ex* art. 416 *bis* c.p. era punito sempre per tutti i delitti-scopo da lui realizzati, eccezion fatta per lo scambio elettorale di cui all'art. 416 *ter* c.p.

La previsione della rilevanza penale ad autonomo titolo di reato, differente dall'art. 416 *bis* c.p., della stipula del patto con un candidato alle elezioni si pone in chiave di complementarietà con il delitto di partecipazione ad una associazione di stampo mafioso, dal momento che per un partecipe ad una cosca lo stipulare un accordo di scambio con un candidato alle consultazioni elettorali costituisce la condotta prodromica rispetto a quella descritta nel terzo comma dell'art. 416 *bis* c.p. di avvalersi della forza di intimidazione derivante dal vincolo associativo allo scopo di procurare ad altri voti in occasione di una consultazione elettorale e rispetto a quella descritta dai reati di corruzione e coercizione elettorale di cui agli artt. 96 e 97, t.u. 361/1957 per le elezioni politiche e artt. 86 e 87 d.p.r. 750/1960, per le elezioni amministrative, eventualmente commessi.

L'esito di questa autonoma previsione incriminatrice dovrebbe essere, quindi, quello di

[33] Cass., Sez. IV, 28 maggio 2013, n. 23005.

[34] Sul punto si veda, tra i tanti, A. Di Martino, *Concorso di persone*, in *Le forme di manifestazione del reato*, a cura di G.A. de Francesco, vol. II, *Trattato teorico/pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo-C.E. Paliero, Torino, 2010, 242 ss.; G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto Penale. Parte generale*, 6ª ed., Bologna, 2011, 530 s.; V. Maiello, *Il delitto di trasferimento fraudolento di valori tra silenzi della dottrina e dis-orientamenti della giurisprudenza*, in *Ind. pen.*, 2008, 289. In giurisprudenza si era espressa in tal senso Cass., Sez. Un. 28 novembre 1981, Emiliani, CED 151619, relativamente al delitto di rivelazione di segreti d'ufficio di cui all'art. 326 c.p.; in senso contrario si veda la giurisprudenza in materia di collusione tra militare della Guardia di Finanza ed estraneo, di cui all'art. 3 L. 9 dicembre 1941 n. 1383; nonché in dottrina, F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*. *Parte Generale*, Milano, 13a ed., a cura di L. Conti, 1994, 540.

inasprire la risposta repressiva nei confronti degli affiliati ai clan, consentendo di ritenere sussistente il concorso materiale tra i due reati eventualmente commessi.

Tuttavia, non può tacersi che un simile innalzamento del rigore punitivo rischierebbe di restare solo sulla carta, traducendosi, quindi, l'aggiunta del comma 2 in una riforma dal contenuto meramente simbolico. In concreto, infatti, un simile effetto difficilmente si avvererà, dal momento che sicuramente le due fattispecie ascrivibili al partecipe, i delitti di cui agli artt. 416 *bis* e 416 *ter*, comma 2 c.p., saranno considerate avvinte dal vincolo della continuazione e, quindi, l'aumento di pena per la seconda finirà con l'essere di fatto 'cancellato' attraverso la previsione di incrementi minimi della sanzione prevista per il 416 *bis* c.p. in quanto violazione più grave[35].

Comparando i due testi *ante* e *post* riforma dell'art. 416 *ter* c.p. si può, quindi, pervenire ad una prima conclusione provvisoria: se quello originario era finalizzato ad estendere le pene previste per il partecipe ad un sodalizio mafioso che avesse anche provato ad alterare il corso regolare di una consultazione elettorale attraverso la stipulazione di un accordo con un candidato e, dunque, era modulato come un plurisoggettivo improprio apparente, essendo in realtà prevista in quell'ottica la punibilità dell'affiliato per il patto ai sensi dell'art. 416 *bis* c.p.; il secondo invece sembra perseguire un obiettivo diverso. Da un lato, nel primo comma, pare voglia definire meglio ed in maniera più rispondente alle esigenze processuali, il tipo di condotta dell'esterno all'associazione punibile ai sensi della nuova fattispecie, dall'altro, nel secondo comma, sembra voglia rafforzare la tutela penale nei confronti degli affiliati ai clan, prevedendo espressamente la punibilità anche per il mero patto elettorale.

4. I protagonisti dell'accordo: oltre il dualismo 'politico *vs* mafioso'.

Passando ad un esame analitico della condotta descritta, il primo dato che si può constatare è che la legge n. 62/2014 non arreca alcuna novità per quanto concerne il versante dei potenziali soggetti attivi del reato, lasciando irrisolti i dubbi preesistenti sia per quanto concerne l'ampiezza della figura del promissario, sia per quanto riguarda quella del promittente.

Rispetto alla prima, la decisione di confermare la modulazione della fattispecie come reato comune anziché proprio, impedisce unicamente di sussumere nella nozione del promissario l'intraneo affiliato all'organizzazione criminosa, ma lascia aperta la possibilità che il soggetto attivo che accetta la promessa del procacciamento di voti non sia un candidato alle elezioni, bensì un terzo che operi come mediatore per orientare i voti delle cosche[36].

A tal proposito sono state, dunque, ignorate le indicazioni contenute in un altro dei disegni di legge presentati nel corso dei lavori parlamentari (il d.d.l. n. 957), volte ad estendere il novero dei soggetti attivi anche agli estranei al sodalizio, tramite la previsione della punibilità con le medesime pene previste per chi ottiene la promessa, anche per chi, agendo quale intermediario, si adopera per far ottenere la promessa[37].

In realtà, un risultato analogo potrebbe ugualmente essere raggiunto oggi ritenendo punibile il comportamento del mediatore che funga da tramite per la stipula del patto tra il candidato e la cosca a titolo di concorso eventuale nel reato di scambio elettorale e, quindi, sulla base del combinato disposto degli artt. 110 e 416 *ter* c.p.

Anche rispetto alla seconda figura di soggetto attivo, quella del promittente i voti, la decisione di costruire la nuova ipotesi delittuosa di cui al secondo comma dell'art. 416 *ter* c.p. come reato comune, senza restringere il novero dei soggetti attivi alla cerchia degli affiliati al sodalizio mafioso, consente di (continuare a) sostenere che il promittente possa essere anche un soggetto estraneo alla cosca, purchè l'oggetto della promessa da lui fatta al candidato sia quello di procacciare voti ad un candidato in cambio di denaro o altra utilità mediante il metodo

[35] Di recente, le Sezioni unite sono nuovamente tornate sul problema della individuazione della violazione più grave nel reato continuato, stabilendo che questa "va individuata in astratto in base alla pena edittale prevista per il reato ritenuto tale dal giudice in rapporto alle singole circostanze in cui la fattispecie si è manifestata e all'eventuale giudizio di comparazione fra di esse" (così Sez. un., 28 febbraio, 2013, n. 25939).
[36] Sul soggetto attivo del reato prima della riforma si veda G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 499. Una limitazione dell'ambito soggettivo di applicazione della fattispecie era, invece, auspicata *de iure condendo* da C. Visconti, *Verso la riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso*, cit., 11.
[37] E. Squillaci, *Punti fermi e aspetti problematici*, cit., 4.

mafioso[38]. Vale a dire, che quel che connota in termini di disvalore l'accordo tra il candidato ed il promittente non è il fatto che questi appartenga stabilmente ad un clan, ma che garantisca di avvalersi delle c.d. modalità mafiose.

Inoltre, ciò significa che la fattispecie potrebbe trovare applicazione oltre che nei confronti, di soggetti non intranei ad una cosca mafiosa, anche nei confronti di intranei operanti *uti singoli* invece che nell'interesse dell'associazione.

Forse a tale riguardo si sarebbe potuto specificare che la prestazione del candidato doveva essere rivolta all'associazione mafiosa intera e non al singolo soggetto con cui è stato stretto l'accordo, così facendo si sarebbe probabilmente modellata una fattispecie più rispettosa del principio di offensività, dal momento che avrebbe ristretto il campo dei fatti punibili ai soli comportamenti pericolosi per l'ordine pubblico, vale a dire quelli riguardanti l'intera associazione[39]. Non essendo, però, stata esplicitata una simile prerogativa sembra doversi reputare applicabile la fattispecie in questione senza limiti soggettivi peculiari e, quindi, sia agli estranei al sodalizio, sia agli intranei che agiscano per finalità personali, purchè naturalmente promettano di procurare voti mediante le modalità di cui all'art. 416 *bis*, comma 3 c.p.

5. La condotta incriminata: l'accettazione della promessa di procurare voti mediante il 'metodo mafioso'.

Uno dei profili della novella legislativa su cui erano sorte le maggiori divergenze di vedute è quello concernente la condotta incriminata e, quindi, l'individuazione della soglia di rilevanza penale della fattispecie.

Si è discusso, infatti, serratamente su quali fossero i comportamenti da punire, se solo quello della accettazione della promessa del procacciamento dei voti, oppure, in un'ottica più rigoristica, ma ancor più difficilmente compatibile con le garanzie costituzionali, anche quello dell'adoperarsi per ottenere tale promessa, prospettato nel ddl n. 957 come modalità alternativa di realizzazione del fatto.

Nel testo definitivamente varato, all'esito di un concitato dibattito, è prevalsa la prima opzione, quella di incriminare unicamente l'accettazione della promessa di procurare voti, ritenendo la seconda poco rispettosa dei principi di precisione, determinatezza ed offensività. Il suo eventuale recepimento, invero, avrebbe generato non solo la penalizzazione di condotte ulteriormente prodromiche rispetto al mero accordo – causando un eccessivo arretramento della soglia del penalmente rilevante a quella del tentativo di accordo –, ma anche estremamente vaghe, non essendo precisamente definibile quale sarebbe stato il grado di attivazione richiesto per ritenere integrata la condotta dell'"adoperarsi per ottenere una promessa".

Inoltre, contro questa soluzione estensiva dell'ambito di operatività dell'art. 416 *ter* c.p. militava anche un altro ordine di motivi, inerenti al piano della ragionevolezza ed adeguatezza della risposta punitiva: modellare il delitto di scambio elettorale come fattispecie a modalità realizzativa alternativa (accettazione della promessa o mera attivazione per ottenere una promessa) secondo il vetusto schema semplificatorio e antigarantista dell'equivalenza delle condizioni tanto caro ai compilatori del codice Rocco, avrebbe significato anche introdurre un'irragionevole parificazione sul versante sanzionatorio di due condotte dal disvalore sociale sensibilmente diverso e non equiparabile, il patto elettorale politico-mafioso vero e proprio ed il mero tentativo dello stesso[40]. In questo modo, per giunta, si sarebbero anche frustrate le finalità della pena, in specie quelle special-preventive positive, finendo per non individualizzare la risposta sanzionatoria nei confronti del reo ed, al contrario, per appiattirla indiscriminatamente, assimilando due comportamenti sensibilmente diversi.

[38] Una simile lettura estensiva dell'ambito di operatività di norme incriminatrici concepite per la criminalità organizzata di stampo mafioso è già sostenuta da una parte della dottrina e della giurisprudenza con riferimento alla aggravante speciale del c.d. metodo mafioso prevista all'art. 7, d.l. n. 152/1992, conv. l. n. 203/1991; sul punto si rinvia per approfondimenti a G. de Vero, *La circostanza aggravante del metodo e del fine di agevolazione mafiosi: profili sostanziali e processuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 45 s.; L. Della Ragione, *L'aggravante della 'ambientazione mafiosa' (art. 7, d.l. 13 maggio 1991, n. 152)*, in V. Maiello, *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata ed armi*, in *Trattato teorico/pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo-C.E. Paliero, Torino, 2014, in corso di pubblicazione.

[39] Auspicava una simile soluzione C. Visconti, *Verso la riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso*, cit., 11; sul punto cfr. anche E. Squillaci, *Punti fermi e aspetti problematici*, cit., 13.

[40] Sul punto si vedano le analoghe considerazioni critiche di C. Visconti, *Verso la riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso*, cit., 8.

A prescindere da tali rilievi, è opportuno segnalare che rispetto alla precedente formulazione letterale, è anche cambiato il materiale linguistico impiegato per descrivere la condotta del politico. Se, infatti, nella originaria versione dell'art. 416 *ter* c.p. si puniva chi "otteneva" la promessa, impiegando cioè un verbo insolito nella descrizione dei reati-contratto, nella nuova si sanziona chi "accetta" la promessa, uniformando così il delitto di scambio elettorale a tante altre fattispecie incentrate sulla stipulazione di un accordo dal contenuto illecito, prime tra tutte le affini norme in materia di corruzione di cui agli artt. 318 e ss. c.p.

Sempre sul versante della descrizione della condotta il legislatore ha compiuto un passo in avanti rispetto al passato, in cui si incriminava semplicemente chi otteneva la promessa di voti prevista dall'art. 416 *bis*, comma 3 c.p. (condotta peraltro non prevista realmente da quella norma), precisando che per essere punibile la condotta di accettazione essa deve riguardare una promessa di procacciamento di voti "mediante le modalità di cui al terzo comma dell'articolo 416 *bis*", vale a dire avvalendosi del vincolo di assoggettamento ed intimidazione derivante dall'appartenenza al sodalizio mafioso.

A ben vedere, quest'opzione politico-criminale sembra orientata a plasmare la nuova ipotesi delittuosa come un reato complesso rispetto all'aggravante di cui all'art. 7, comma 1 d.l. 152/1992 del metodo mafioso. Essa, cioè, non fa altro che assorbire nel tessuto della fattispecie del voto di scambio, con un materiale linguistico solo leggermente diverso, la circostanza aggravante speciale del metodo mafioso, stabilendo che il patto integra reato quando ha ad oggetto il procacciamento dei voti mediante le modalità del terzo comma dell'art. 416 *bis* c.p.

In questo modo si dovrebbe anche risolvere ogni dubbio circa la possibilità di configurare la suddetta aggravante nel reato in questione, propendendo per una risposta negativa in base all'art. 84 c.p.: il metodo mafioso oggetto dell'aggravante è, infatti, evidentemente elemento costitutivo della fattispecie. Tuttavia qualche dubbio potrà permanere in ordine alla seconda modalità alternativa di aggravio di pena presa in considerazione dal medesimo articolo 7, quella della finalità mafiosa che, al contrario, si presterebbe, anzi, a trovare frequente, se non automatica, applicazione (sul punto si tornerà *infra* § 9)[41].

5.1. *La natura della fattispecie: reato-contratto di mera condotta.*

Naturalmente, la scelta legislativa di continuare ad individuare il disvalore del fatto nel mero accordo può apparire poco consona rispetto al principio di offensività, registrando un arretramento della soglia del penalmente rilevante ad un momento prodromico e molto lontano rispetto a quello della concreta lesione del bene giuridico tutelato[42].

L'argomento è estremamente delicato e complesso e non può essere affrontato adeguatamente in questa sede di 'primo commento' della novella; forse, però, maggiori perplessità in tal senso potevano sussistere laddove il legislatore avesse optato per incriminare anche il mero adoperarsi del mafioso o la semplice disponibilità del politico. In quel caso ci si sarebbe trovati davvero al cospetto di una fattispecie priva di alcun disvalore oggettivo rispetto agli interessi protetti e difficilmente compatibile con il principio di necessaria lesività, inteso ovviamente nella sua dimensione 'in astratto' come canone di politica criminale da seguire per la costruzione delle norme incriminatrici[43].

Diversamente, l'aver ancorato il disvalore del fatto alla effettiva stipula di un accordo tra il politico ed il mafioso in cui le prestazioni corrispettive promesse sono, da un lato, il procacciamento dei voti tramite il ricorso al 'metodo mafioso' e, dall'altro, la promessa o l'erogazione di denaro o altra utilità, sembra ricondurre la fattispecie nell'alveo della (seppur minima) compatibilità con il principio di offensività e costituire una consapevole deroga rispetto alla regola generale dell'irrilevanza dell'accordo non seguito dalla commissione di un delitto stabilita nell'art. 115 c.p. Essa, infatti, si presenta come un reato-contratto di pericolo astratto in cui si incrimina la stipula di un patto quando ha ad oggetto una prestazione caratterizzata dal ricorso al 'metodo mafioso', vale a dire ad un modo di agire che integra già di per sé il requisito

[41] Per approfondimenti sulla aggravante dell'art. 7 si rinvia a L. Della Ragione, *L'aggravante della 'ambientazione mafiosa'*, cit.
[42] In termini critici nei confronti di tale opzione politico-criminale si è espresso E. Squillaci, *Punti fermi e aspetti problematici*, cit., 6.
[43] La doppia dimensione del principio di offensività, in astratto ed in concreto, tratteggiata dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, è ricostruita da V. Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005, *passim*.

strutturale di una fattispecie incriminatrice quale l'art. 416 *bis* c.p. ed il contenuto di un'aggravante ad effetto speciale come quella menzionata all'art. 7, d.l. n. 152/1991.

In quest'ottica, si potrebbe, quindi, sostenere che la definizione di un simile accordo costituisca, sulla base di una presunzione ragionevole e, quindi, non censurabile costituzionalmente, una fonte di pericolo significativa per i beni protetti, incidendo in termini negativi non solo sull'ordine pubblico, ma anche su un altro interesse fondamentale in uno Stato democratico, quale la libertà morale dei cittadini di esprimere il proprio voto e di contribuire alla democratica elezione dei rappresentanti nelle pubbliche assemblee, interesse che può essere protetto da intimidazioni mafiose, già prima che esse raggiungano lo scopo di condizionare effettivamente il voto[44].

Naturalmente, per essere tollerata in un sistema penale informato dai principi costituzionali, tra cui quello di offensività, una fattispecie di questo tipo deve comunque essere interpretata ed applicata alla luce di quest'ultimo nella sua dimensione c.d. 'in concreto', vale a dire come criterio ermeneutico per guidare le decisioni della giurisprudenza.

Ciò significa che l'aver continuato a costruire il reato attorno alla mera accettazione della promessa non significa che esso sia integrato da qualsiasi tipo di accordo intervenuto tra il politico ed il mafioso. La giurisprudenza, in forza dell'art. 49, comma 2 c.p., ha infatti il dovere di ridurre l'ambito di operatività della fattispecie, esercitando una funzione di *extrema ratio* secondaria o sussidiaria, e di circoscriverlo alle solo condotte che, oltre ad essere formalmente coincidenti con quelle descritte dalla norma incriminatrice generale ed astratta, siano anche concretamente offensive del bene giuridico da questa protetto. Non sarà, dunque, mai sufficiente ad integrare il nuovo reato la mera accettazione di una generica promessa di aiuto durante la campagna elettorale, ricavata da provvisorie e banali convergenze di opinioni tra le due parti non sfociate nella stabile predisposizione di iniziative volte all'accaparramento di voti con modalità mafiose, ma, al contrario, sarà sempre necessario un preciso e serio impegno assunto dai due 'contraenti' illeciti[45].

A tale riguardo, ci sembra però non residuare spazio per la sopravvivenza dell'orientamento di una parte della giurisprudenza che, muovendosi in questo solco, ha finito con lo spingersi ben oltre i confini tracciati dalla fattispecie, richiedendo ai fini della sua configurazione che venga provato l'effettivo ricorso da parte dei mafiosi promittenti "all'intimidazione ovvero alla prevaricazione per impedire o ostacolare il libero esercizio del voto", risultando così "determinante il meccanismo di coartazione-intimidazione teso a ottenere la favorevole espressione del voto"[46]. Una simile soluzione ermeneutica sembra, difatti, porsi in contrapposizione con la fisionomia della novellata fattispecie per la cui consumazione il legislatore ha deliberatamente richiesto la mera stipula dell'accordo, a prescindere dalla sua effettiva esecuzione[47].

5.2. *L'ampliamento dell'oggetto della prestazione del politico: denaro o altra utilità.*

Probabilmente, la modifica più rilevante riguarda l'oggetto della prestazione promessa o erogata dal politico, che non è più circoscritto al solo denaro, bensì è esteso anche ad "altra utilità".

Com'è noto, proprio questo aspetto costituiva una delle principali ragioni dell'ineffettività

[44] In argomento si rinvia a A. Cavaliere, *Lo scambio elettorale politico-mafioso*, cit., 642, il quale dopo aver individuato il bene protetto nella libertà morale di una pluralità di persone, precisa però che ciò "non comporta che la disposizione risulti legittima dal punto di vista della soglia di tutela: al contrario, anche una volta che il bene tutelato sia stato ricostruito in maniera afferrabile e relativamente prossima all'aggressione da parte del soggetto attivo, resta (…) il dato per cui si punisce, in sostanza, un'ipotesi di accordo non eseguito o di istigazione privata accolta, anche se il reato non è commesso, in deroga al principio di cui all'art. 115 c.p.".

[45] Sul punto, sebbene, in termini più netti, si veda E. Squillaci, *Punti fermi e aspetti problematici*, cit., 7, ad avviso del quale il momento consumativo non dovrebbe essere individuato nella mera promessa, bensì già a livello legale nella stipula di un accordo stabile, serio ed effettivo tra le parti.

[46] Cass., 13 aprile 2012, n. 18080; ancor prima Cass., 23 settembre 2005, n. 39554. Sul punto cfr. C. Visconti, *Verso la riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso*, cit., 3.

[47] Un passo in avanti in tal senso, volto a recepire questo orientamento della giurisprudenza, era stato auspicato da C. Visconti, *Verso la riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso*, cit., 11, secondo il cui avviso si doveva incriminare la condotta solo quando si fosse ravvisata una sorta di inizio di esecuzione del patto.

della fattispecie originaria, dal momento che quasi mai la prestazione del politico consisteva nella dazione di denaro, quanto piuttosto nella promessa di altri comportamenti indebiti e vantaggiosi per il clan, come l'assegnazione di appalti, l'assunzione di lavoratori ecc. Il suo inserimento nella trama della fattispecie legale consentirà di renderla applicabile a qualunque bene o prestazione che rappresenti un vantaggio per il promittente, alla stregua di quanto già avviene, ad esempio, nell'ambito dei delitti di corruzione di cui all'art. 318 e ss. dove la nozione ha assunto nel corso del tempo una accezione estremamente dilatata[48].

Anche a tal proposito, va però rilevato come questo intervento correttivo in realtà serva soprattutto ad arginare un orientamento, magari condivisibile da un punto di vista sostanziale, ma palesemente *contra legem*, invalso sotto la vecchia disciplina in alcune recenti pronunce della Cassazione nelle quali era stata sostenuta la configurabilità del reato anche nei casi in cui la prestazione del "politico" avesse avuto per oggetto non il denaro ma anche altra utilità[49].

Giova peraltro osservare che questa opzione, in realtà, non fa altro che recepire l'originaria intenzione del legislatore al momento della prima formulazione del delitto di scambio elettorale politico-mafioso. Com'è noto, difatti, il testo del disegno di legge presentato e discusso in tempi rapidi nel 1992 prevedeva come oggetto della prestazione del candidato, oltre alla «erogazione di denaro» quale corrispettivo della promessa di voti mafiosi, anche la «promessa di agevolare l'acquisizione di concessioni, appalti, contributi e finanziamenti pubblici o comunque la realizzazione di profitti», ma tale ulteriore locuzione venne poi soppressa nel corso del travagliato *iter* parlamentare che precedette la conversione in legge del d.l. n. 306 del 1992, sul presupposto che una così ampia formulazione della norma avrebbe potuto alimentare il rischio di arbitrii sul piano applicativo.

Tuttavia, tale scelta non è andata esente da critiche; è stato, difatti, osservato che l'aver introdotto il requisito dell'utilità nella fattispecie espone al rischio di una "sistematica estensione della norma all'attività politica, soprattutto allorquando quest'ultima si connoti per il raggiungimento di interessi pubblici che possano però anche comportare il complementare soddisfacimento di interessi privati, magari riferibili pure ai membri di un'associazione mafiosa. Insomma, il rischio è che l'introduzione di questo requisito possa seriamente condizionare gli stessi rapporti tra politica e magistratura. Nel senso che il riferimento espresso ad una non meglio definita "utilità" quale oggetto della controprestazione del politico potrebbe rivelarsi nulla più che l'occasione per avviare una indagine penale nel corso di una certa campagna elettorale, onde potere in tal modo risalire anche alla scoperta di altri fatti di reato, tuttavia in quel momento storico ancora soltanto sospettati"[50].

5.3. *L'ampliamento del contenuto della prestazione: erogazione o promessa di erogazione.*

Un'altra rilevante novità inerisce, invece, al contenuto della contro-prestazione del politico: esso deve consistere nell'erogazione o nella promessa di erogazione di denaro o altra utilità. Il legislatore ha cioè ampliato il novero dei fatti punibili, affiancando alla condotta dell'erogazione quella della promessa di erogazione.

In realtà, anche questa opzione politico-criminale, più che rappresentare una autentica novità rispetto al passato, costituisce il recepimento a livello normativo di un orientamento giurisprudenziale ai confini con l'applicazione analogica *contra legem*, in base al quale il termine "erogazione" (che era l'unico contemplato nella precedente formulazione) doveva essere inteso in una accezione 'debole', sicchè per la consumazione del reato era sufficiente la stipula delle reciproche promesse indipendentemente dalla materiale erogazione del denaro[51].

Tuttavia, è stata scartata la proposta più 'estrema' contenuta nella versione del ddl emendata dal Senato il 28 gennaio 2014 di ritenere integrato il reato alternativamente anche "in cambio della disponibilità a soddisfare gli interessi o le esigenze dell'associazione", poiché ciò

[48] Sulla dilatazione del concetto di "altra utilità" nelle similari fattispecie corruttive si rinvia per tutti a C. Benussi, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 530.
[49] Cass., 30 novembre 2011, n. 46922; Cass., 11 aprile 2012, n. 20924; Cass., 5 giugno 2012, n. 1390.
[50] Così E. Squillaci, *Punti fermi e aspetti problematici*, cit., 11.
[51] In tal senso cfr. Cass., 2 marzo 2012, n. 32820.

avrebbe determinato un'eccessiva dilatazione dei fatti perseguibili, nonché notevoli difficoltà in sede di formazione della prova in ordine alla loro commissione.

Inoltre, com'è stato rilevato in sede di primo commento al disegno di legge durante il suo *iter* legislativo, una simile scelta sarebbe stata difficilmente compatibile con il principio di determinatezza e, di conseguenza, con il principio di offensività, consentendo, in ragione della sua genericità ed ampiezza, la punibilità anche di fatti privi di alcuna carica lesiva[52]. Peraltro, ciò avrebbe generato l'ulteriore rischio di accettare una "colpevolezza sostanzialmente vuota e formalizzata, perché riferita a un fatto in sé neutro o comunque solo vagamente offensivo", nonché di privare la fattispecie di quella necessaria funzione general-preventiva positiva di orientamento culturale dei consociati, dal momento che non avrebbe tracciato chiaramente i contenuti del fatto vietato[53].

6. La mancata delimitazione dell'elemento soggettivo.

Sul versante dell'elemento soggettivo la novella non contiene alcuna novità di rilievo, poiché durante l'*iter legis* del disegno di legge, al momento della seconda lettura in Senato il 28 gennaio 2014, è stata esclusa l'introduzione nella fattispecie del requisito della consapevolezza operata con emendamento in prima lettura dalla Camera il 16 luglio 2013. Questo aspetto è stato, infatti, ritenuto inutilmente ridondante, dal momento che, trattandosi di un delitto doloso, la rappresentazione e la volontà del politico devono coprire ugualmente tutti i suoi elementi più significativi, tra i quali anche l'utilizzo delle modalità impiegate dal mafioso per il procacciamento dei voti[54].

Tuttavia, come è stato acutamente rilevato, la scelta di caducare l'avverbio "consapevolmente", non è così ininfluente sul piano della selezione dei fatti sussumibili nel novellato art. 416 *ter* c.p. L'esplicitazione di quel carattere dell'elemento psicologico avrebbe, invero, consentito di restringere il perimetro di operatività della fattispecie sul versante del dolo, impedendo di ritenerla configurata nel caso di mero dolo eventuale, ponendo così un freno alle pericolose interferenze tra politica e giustizia penale, da più parti temute[55].

7. Il momento consumativo: un nuovo reato 'a schema duplice'?

La nuova fattispecie sembra individuare il momento consumativo in quello istantaneo dell'accettazione della promessa e degradare le condotte esecutive della stessa al rango di post-fatti non punibili. Non di meno, però, la previsione nella seconda parte del testo come controprestazione alternativa del politico della 'erogazione' e della semplice 'promessa di erogazione' di denaro o altra utilità potrebbe portare nella prassi a conclusioni diverse.

Ed infatti, non è impossibile immaginare che, nel caso in cui ci sia la stipula del patto accompagnata dalla successiva dazione materiale del *quantum debeatur* da parte del politico frazionata nel tempo, la giurisprudenza non si accontenti di fissar il momento consumativo del reato in quello cronologicamente più risalente dell'accettazione della promessa e, conseguentemente, di valutare i successivi pagamenti come meri *post facta* non punibili.

Al contrario, è verosimile supporre che tenda a spostare in avanti il momento consumativo della nuova figura criminosa, sulla falsariga di quanto già fa in altri reati-contratto dalle caratteristiche similari come quelli in materia di corruzione disciplinati negli artt. 318 e ss. c.p.[56].

[52] Così E. Squillaci, *Punti fermi e aspetti problematici*, cit., 2.
[53] E. Squillaci, *Punti fermi e aspetti problematici*, cit., 3.
[54] Sul punto può essere utile consultare *http://documenti.camera.it/Leg17/Dossier/pdf/GI0045B.pdf*.
[55] Tali rilievi critici relativi all'eliminazione del carattere consapevole dell'accettazione della promessa sono formulati da G. Insolera, *Il sistema penale*, cit., p. 10 del dattiloscritto.
[56] Com'è noto, infatti, la giurisprudenza rispetto alle fattispecie corruttive è solita parlare, in maniera pressoché univoca, di delitti a duplice schema, principale e sussidiario: il primo schema si avrebbe quando sia accertata tanto la stipula del *pactum sceleris* tra il pubblico funzionario ed il privato, quanto l'effettiva erogazione del denaro e di altra utilità; il secondo, quello subordinato, quando sia accertata unicamente la prima condotta. Nella prima ipotesi, il momento consumativo è spostato in avanti, ravvisandolo in quello del pagamento e, nel caso di pagamento frazionato, in quello del saldo dell'ultima 'rata' pagata; nella seconda, è invece rinvenuto in un *punctum temporis* antecedente, vale a dire quello della stipula dell'accordo. Sul punto cfr. da ultimo Cass., 21 aprile 2010, n. 15208. Per un'aggiornata indicazione delle recenti decisioni giurisprudenziali sul punto, cfr. C. Benussi, *Art. 318 c.p.*, in *Codice penale commentato*, cit., 3036 ss.

Vale a dire che, usando la stessa modulistica ermeneutica adoperata per individuare il momento consumativo di quelle fattispecie, la giurisprudenza potrebbe arrivare a considerare anche questo reato come a 'schema duplice' e rinvenire così il suo momento consumativo, indifferentemente, in quello dell'erogazione o in quello antecedente della mera promessa dell'erogazione, a seconda del materiale probatorio a disposizione.

Si potrebbe assistere, cioè, allo sdoppiamento del momento consumativo del delitto di scambio elettorale in due schemi, lo schema principale e lo schema sussidiario: laddove si acquisiscano le prove tanto della stipula del patto, quanto dell'effettiva esecuzione frazionata e dilazionata nel tempo delle prestazioni oggetto dello stesso (schema principale), il reato potrebbe essere ritenuto integrato guardando alla data in cui è 'tracciato' il pagamento dell'ultima 'rata' effettuato dal politico; all'opposto, laddove si rinvengano le prove unicamente dell'accettazione della promessa, il delitto di cui all'art. 416 *ter* c.p., potrebbe essere reputato consumato guardando a tale antecedente *punctum temporis*.

L'utilità di un simile sdoppiamento del momento consumativo è evidente: consentire alla giurisprudenza di spostare il più avanti possibile il *dies a quo* da cui far iniziare a decorrere il tempo per la prescrizione del patto criminoso tra politico e mafioso, nei casi in cui ci sia stata, oltre alla promessa, anche l'effettiva erogazione del denaro o di altra utilità, magari frazionata nel tempo.

8. I problematici rapporti tra il 416 *ter*, comma 1 c.p., il concorso esterno ed i reati di corruzione elettorale.

La riforma ha avuto anche il merito di provare a chiarire i rapporti, a lungo rimasti oscuri, tra questa fattispecie e quelle del concorso esterno e delle c.d. corruzioni elettorali in precedenza richiamate.

In particolare, sotto il primo profilo, si può dire che la nuova formulazione dell'art. 416 *ter*, comma 1 c.p. descriva per l'estraneo al sodalizio una condotta complementare ma diversa rispetto a quella punita a titolo di concorso esterno in base al combinato disposto di cui agli artt. 110 e 416 *bis* c.p.

Lo scambio elettorale politico-mafioso nella sua rinnovata fisionomia sembra porsi, dunque, in un rapporto di sussidiarietà implicita con il concorso esterno, rappresentando una forma di aggressione al medesimo bene giuridico derivante dalla collusione politica-mafia di intensità e disvalore minori. Se, infatti, dopo la citata sentenza Mannino delle Sezioni unite del 2005 ai fini della rilevanza penale a titolo di concorso esterno di una condotta di contiguità mafiosa da parte di un politico è indispensabile procedere alla dimostrazione, con un giudizio controfattuale *ex post*, dell'effettivo ed oggettivo rafforzamento che essa ha prodotto per l'intera consorteria mafiosa, il nuovo art. 416 *ter* c.p. si limita a punire la condotta precedente della stipulazione del patto, a prescindere dalla verifica di qualsiasi efficacia eziologica dello stesso, o dell'accertamento di atti concreti compiuti a vantaggio del clan.

La differenza è abbastanza netta: mentre il concorso esterno è un reato di evento per la cui sussistenza si deve fornire la prova del rafforzamento dell'associazione; il patto elettorale politico-mafioso è, al contrario, un reato di pura condotta per la cui configurabilità è sufficiente dimostrare la stipula dell'accordo a prescindere da qualsiasi contributo eziologico oggettivo al sostentamento dell'intera associazione. Nel primo caso, cioè, si punisce ragionevolmente con le stesse pene della partecipazione all'associazione chi, esterno al clan, fornisca un contributo oggettivamente utile all'espletamento delle sue attività; nel secondo, invece, si punisce meno gravemente chi si limita a stipulare un accordo con un esponente di un clan mafioso avente ad oggetto il procacciamento di voti.

Le due fattispecie criminose descrivono, dunque, un'ipotesi di progressione criminosa in cui il legislatore punisce sia la condotta del mero patto elettorale, che quella dell'effettivo consolidamento o rafforzamento del clan; laddove, quindi, dovesse essere accertata la stipula del patto ed anche (cosa questo oltre modo difficile) il consolidamento o rafforzamento del clan, si ravviserà allora un concorso apparente di norme e si riterrà assorbito, sulla base del criterio della consunzione, il disvalore della stipula del mero patto elettorale, in quello dell'effettivo rafforzamento della cosca scaturito da una condotta di concorso esterno.

Sotto il secondo profilo, invece, il nuovo reato di scambio elettorale politico-mafioso sembrerebbe solo ad uno sguardo superficiale porsi in un rapporto di consunzione con quelli significativamente meno gravi di corruzione e coercizione elettorale previsti, rispettivamente, negli artt. 96 e 97, t.u. 361/1957 per le elezioni politiche e artt. 86 e 87 d.p.r. 750/1960, per le elezioni amministrative, dal momento che – *prima facie* – parrebbe in grado di assorbirli, naturalmente laddove siano commessi.

Nondimeno, però, in un'ottica più rigorosa ma più fedele alla lettera della legge, potrebbe anche ravvisarsi un concorso di reati tra le summenzionate fattispecie ed il 416 *ter* c.p., potendo essere reputati i reati di corruzione e coercizione elettorale come degli autonomi reati-scopo del delitto di scambio elettorale politico-mafioso.

Il reato di cui all'art. 416 *ter* c.p. incrimina, infatti, l'accettazione della promessa di procacciamento di voti tramite il c.d. metodo mafioso da parte (tendenzialmente, ma non esclusivamente) di un appartenente ad una consorteria mafiosa, mentre le figure delittuose di corruzione e coercizione elettorale sanzionano l'effettiva esecuzione dell'accordo. Mentre il primo, cioè, individua il disvalore del fatto oggetto dell'incriminazione nella mera stipula di un accordo tra il candidato ad una competizione elettorale ed un esponente mafioso finalizzato a procurare al primo un numero indeterminato di voti, prescindendo dall'effettiva esecuzione delle prestazioni corrispettive pattuite (rispettivamente il procacciamento reale dei voti al di fuori della cosca, ed il pagamento del 'prezzo' stabilito), le altre fattispecie, al contrario, ancorano il loro disvalore al momento successivo della corruzione o coercizione del singolo elettore, rispettivamente, quindi al momento del procacciamento dietro pagamento di un prezzo, o tramite violenza o minaccia, di un voto a sostegno del candidato che il clan ha deciso di appoggiare.

8.1. *(Segue…) e quelli tra il 416 ter, comma 2 c.p., il concorso esterno ed i reati di corruzione elettorale.*

Le cose stanno un po' diversamente per quanto concerne il partecipe all'associazione che stipuli anche un patto elettorale politico-mafioso e, in attuazione di questo, corrompa o costringa gli elettori a votare per il candidato a cui ha assicurato il sostegno.

Più precisamente, rispetto ai reati di corruzione e coercizione elettorale sembra potersi estendere per analogia al partecipe del clan che abbia prestato la promessa il medesimo discorso fatto poc'anzi per il politico; la sua condotta, nel caso in cui si sostanzi nella stipula dell'accordo e nell'effettivo procacciamento di voti, configurerà un concorso materiale di reati avvinto dal vincolo della continuazione integrando, infatti, sia il delitto di cui all'art. 416 *ter*, comma 2 c.p., sia quelli eventualmente commessi di corruzione e coercizione elettorale nei confronti dei singoli elettori. Le singole corruzioni o coercizioni elettorali da lui realizzate al fine di mantenere gli impegni assunti con il politico costituirebbero, dunque, i reati scopo dell'accordo stipulato e, quindi, sarebbero evidentemente attuazione del medesimo disegno criminoso.

Maggiori differenze emergono con riguardo al delitto di partecipazione in associazione di cui all'art. 416 *bis* c.p. configurabile per il promittente. Contrariamente dal passato, quando – non essendo prevista la punibilità del partecipe anche per la stipula del patto di voto di scambio con il politico, reputando assorbito il suo disvalore nella condotta di partecipazione caratterizzata dal fine specifico descritto nel terzo comma del medesimo articolo di procurare voti a sé o ad altri – per precisa scelta politico-criminale non si poneva un problema di concorso tra le due fattispecie, non essendo disposta la punibilità anche per quella di cui all'art. 416 *ter* c.p., oggi lo scenario sembra essere mutato.

Non sembra improprio, difatti, sostenere che, all'esito della riforma (come si accennava in precedenza al § 3, cui si rinvia per approfondimenti), le due fattispecie possano convivere e dare vita ad un concorso materiale di reati, sempre però mitigato dal regime del cumulo giuridico previsto per la continuazione dall'art. 81 c.p., costituendo la stipula del patto tra un affiliato ad un clan ed un politico una condotta attuativa delle finalità del sodalizio e, quindi, rientrante pacificamente nell'orbita della nozione di medesimo disegno criminoso del partecipe.

9. La nuova dosimetria sanzionatoria.

Alla luce delle considerazioni ora svolte, si comprende anche la ragione dell'ultima rilevante novità contenuta nella legge n. 62/2014, la rimodulazione della dosimetria sanzionatoria in ordine al reato di scambio elettorale politico-mafioso e la previsione di una cornice edittale da quattro a dieci anni di reclusione, in luogo di quella da sette a dodici anni prevista dall'art. 416 *bis* c.p.

Questa scelta, lungi dal costituire un 'favore alla mafia', come anche hanno detto alcune parti politiche, sembra rappresentare, invece, l'esito di una attenta e ponderata valutazione del diverso disvalore dei fatti in questione e di una corretta applicazione dei principi di proporzionalità, adeguatezza e gradualità della risposta penale.

Il concorso esterno di un politico in una consorteria mafiosa presenta – come si è provato a dimostrare – una carica lesiva maggiore rispetto al mero patto elettorale, essendo necessario per la configurabilità del primo l'accertamento in termini eziologici di un effettivo rafforzamento dell'organizzazione criminale e per quella del secondo la semplice prova del fatto prodromico, costituito dalla stipula del 'contratto illecito'[57].

Inoltre, ciò consentirebbe di sfumare, sebbene non di eliminare del tutto, le critiche mosse nei confronti della fattispecie in questione per violazione del principio di offensività: la previsione di una cornice edittale differente, infatti, impedisce la parificazione sul versante sanzionatorio di un reato di mera condotta (com'è sempre stato il 416 *ter* c.p.) con un reato di evento (come è oramai considerato il concorso esterno *ex* art. 416 *bis* c.p.), nonché di calibrare, sulla base proprio della rispettiva e diversa carica di disvalore rispetto agli interessi giuridici protetti, la comminatoria edittale in maniera più proporzionata.

Peraltro, la necessità di ridefinire verso il basso la forbice di pena prevista dall'art. 416 *ter* c.p. origina anche dal fatto che rispetto ad esso (a differenza della partecipazione in associazione e del concorso esterno) potrebbe trovare comunque applicazione la seconda aggravante speciale di cui all'art. 7, l. n. 152/1991, quella del "fine di agevolare un'associazione di tipo mafioso". Se, infatti, è esclusa ai sensi dell'art. 84 c.p. l'applicabilità della prima aggravante disciplinata da questo articolo, quella del metodo mafioso, in quanto divenuta elemento costitutivo della novellata ipotesi delittuosa, non altrettanto può dirsi per la seconda, quella appunto della c.d. finalità mafiosa. Se, dunque, le pene edittali per i due reati di cui agli artt. 416 *bis* e 416 *ter* c.p. fossero le medesime si rischierebbe di assistere all'irragionevole paradosso di veder punite le condotte degli estranei alle consorterie mafiose estrinsecatesi nella mera accettazione della promessa più gravemente rispetto a quelle, risultate all'esito di un giudizio *ex post*, di concreto sostegno o aiuto ai clan[58].

La scelta della riduzione della cornice edittale risulta infine apprezzabile anche se valutata dal nuovo versante delle pene previste per il promittente i voti che, tendenzialmente, ma non necessariamente, come si è visto, deve essere un appartenente alla cosca. Essa, difatti, conferisce ragionevolmente alla condotta del mero patto elettorale stipulato dal mafioso un disvalore sociale autonomo e minore, come per tanti delitti scopo, rispetto a quello attribuito al delitto associativo presupposto, costituito dalla partecipazione di cui all'art. 416 *bis* c.p.

10. Le questioni di diritto intertemporale.

Come ogni modifica normativa, anche questa porrà sicuramente problemi di diritto intertemporale, più che in ordine ai pochi fatti sinora sussunti nell'alveo del precedente art. 416 *ter* c.p., soprattutto con riguardo a quelli più numerosi ricondotti nell'ambito del concorso esterno.

In ogni caso, utilizzando il criterio strutturale, si può ritenere che sussista sicuramente una parziale continuità normativa tra il nuovo ed il vecchio art. 416 *ter* c.p. con riferimento ai

[57] In termini analoghi, cfr. C. Visconti, *Verso la riforma del reato di scambio elettorale*, cit., 12; E. Squillaci, *Punti fermi e aspetti problematici*, cit., 16.
[58] Così C. Visconti, *Verso la riforma del reato di scambio elettorale*, cit., 12.

patti elettorali politico-mafiosi aventi ad oggetto lo scambio di voti *vs* denaro; rispetto ad essi, quindi, si dovrà applicare, in ossequio a quanto disposto nell'art. 2, comma 4 c.p., la c.d. *lex mitior* che in questo caso è costituita dalla nuova disposizione la cui cornice edittale, come si è visto, è sensibilmente ridotta rispetto a quella originaria.

Allo stesso tempo, però, dubbi potrebbero sorgere per quei patti elettorali aventi ad oggetto la promessa di 'altra utilità' da parte del politico come controprestazione sinallagmatica rispetto alla promessa di procacciamento di voti: la previsione nel testo novellato di elementi non contenuti prima dovrebbe, in linea teorica, far ritenere il delitto oggi riformulato una nuova incriminazione, dal momento che punisce fatti prima formalmente non presi in considerazione dalla norma vigente all'epoca della loro commissione. La scelta fatta dal legislatore, cioè, starebbe proprio ad indicare che quelle condotte prima non previste dalla legge come reato lo sono diventate solo oggi. Essa non potrebbe, allora, sanare le forzature fatte dalla giurisprudenza sotto il vigore della previgente disposizione, pena la violazione del principio di irretroattività della legge penale.

Tuttavia, è difficile immaginare che una soluzione di questo tipo possa trovare accoglimento nelle corti di merito e di legittimità; anzi, è più probabile che si finisca per ritenere sussistente anche in questi casi un'ipotesi di successione di leggi penali nel tempo, con la conseguenza di concedere all'autore dello scambio elettorale unicamente il beneficio previsto dall'art. 2, comma 4 c.p. dell'applicazione della *lex mitior* e non quello, reputato eccessivo, della non punibilità.

È appena il caso di osservare che, di recente, medesimi dubbi sulla continuità normativa tra una fattispecie deformata in *malam partem* dalla giurisprudenza ed una di nuovo conio che ha recepito tale interpretazione sono stati avanzati rispetto al millantato credito ed al traffico di influenze illecite, rispettivamente, di cui agli artt. 346 e 346 *bis* c.p., all'esito della riforma operata dalla l. n. 190/2012. Anche in quella occasione, però, l'orientamento della prassi sembra seguire traiettorie diverse da quelle prospettate dalla dottrina, ed essere diretto a ravvisare la successione di leggi penali tra la vecchia fattispecie così come reinterpretata dalla giurisprudenza e la nuova, ritenendo che il tipo criminoso da prendere come modello per il raffronto strutturale non sia quello descritto formalmente dal legislatore nell'art. 346 c.p., bensì quello tracciato dal diritto vivente; ragionando in questi termini, l'esito è quello di ravvisare la continuità tra i fatti di mediazione illecita puniti tramite un'operazione analogica *in malam partem* ai sensi del 346 c.p. e quelli oggi espressamente descritti come reato dall'art. 346 *bis* c.p.

Infine, sotto il versante delle questioni di diritto intertemporale, si deve segnalare che analoghi dubbi potrebbero sussistere anche per i fatti aventi le nuove caratteristiche descritte dall'art. 416 *ter* c.p., ma qualificati in procedimenti penali ancora in *itinere* come concorso esterno ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 110 e 416 *bis* c.p. (si pensi ad esempio a dei patti aventi ad oggetto l'erogazione di altra utilità, qualificati come concorso esterno, in difformità da quanto sostenuto da Mannino).

Teoricamente, anche rispetto ad essi non dovrebbe ravvisarsi una successione di leggi utilizzando il criterio strutturale, bensì discontinuità normativa, dal momento che il patto avente ad oggetto voti *vs* altra utilità non sarebbe mai stato punibile a titolo di concorso esterno, necessitando a tale scopo l'ulteriore dimostrazione dell'effettivo rafforzamento dell'associazione mafiosa. Non di meno, non è impossibile immaginare che la giurisprudenza si orienti anche in questa situazione diversamente e ravvisi una continuità normativa tra la nuova fattispecie ed il concorso esterno; ovviamente, anche in tale eventualità la *lex mitior* sarebbe costituita dalla novellata fattispecie di scambio elettorale politico-mafioso.

11. Conclusioni: l'odierna graduazione della rilevanza penale delle condotte di contiguità politico-mafiosa.

Al termine di questa ricostruzione delle principali novità apportate dalla l. n. 62/2014 al delitto di scambio elettorale politico-mafioso e degli effetti da questa prodotti sulle fattispecie incriminatrici preesistenti in questa materia, può essere utile provare a riassumere, in maniera schematica, l'impatto che la riforma sembra aver prodotto sull'area grigia dei rapporti tra politica e mafia.

La nuova formulazione dell'art. 416 *ter* c.p. pare, invero, aiutare a delineare in maniera più netta e definita, rispetto al recente e confuso passato, il diverso livello di disvalore di questa gamma di comportamenti. Se si legge questa figura delittuosa come la tessera di un più ampio mosaico di norme incriminatrici progettato dal legislatore per finalità analoghe o attigue, ci si rende conto di come esista una ben precisa graduazione del differente disvalore delle relazioni intercorrenti tra un esponente della politica ed uno delle consorterie mafiose.

L'ipotesi più grave resta quella del concorso esterno i cui confini ricevono nuova luce proprio dal novellato art. 416 *ter* c.p. La più severa cornice edittale prevista dagli artt. 110 e 416 *bis* c.p. troverà cioè oggi applicazione nei confronti di quegli accordi politico-mafiosi che, valutati *ex post*, abbiano prodotto un oggettivo consolidamento o rafforzamento dell'intera associazione. Certo, le note strettoie probatorie che hanno reso necessaria la riforma, rendono questa soluzione più remota, ma comunque ancora teoricamente percorribile, laddove il compendio probatorio lo consenta.

Il mero scambio elettorale di cui all'art. 416 *ter* c.p., invece, descrivendo una condotta consistente nella mera promessa ed indipendente da qualunque verifica della sua portata eziologica, costituisce un'ipotesi di contiguità meno grave, ragionevolmente punita con forbici di pena ridotte, ma più facilmente accertabile all'interno del processo, non richiedendo la dimostrazione 'diabolica' del rafforzamento della cosca.

Infine, il politico che addivenga a patti con una persona che gli prometta di procurargli voti avvalendosi del metodo mafioso potrà essere punito a titolo di concorso eventuale anche per gli eventuali delitti di corruzione e coercizione elettorale di cui agli art. 96 e ss. d.P.R. 1957 commessi dal promittente, con l'ulteriore *surplus* sanzionatorio derivante dalla probabile configurazione in capo ad entrambi dell'aggravante speciale della c.d. finalità mafiosa di cui all'art. 7, d.l. n. 152/1991. In questa eventualità, infatti, tali successivi comportamenti non potranno ritenersi assorbiti per le ragioni in precedenza evidenziate nell'art. 416 *ter* c.p., bensì integreranno un concorso materiale con quest'ultimo reato, mitigato dalla continuazione.

In altri termini, oggi il quadro sembra essere il seguente:

se c'è la prova del mero patto elettorale, si configura la sola fattispecie di cui all'art. 416 *ter* c.p. per il politico e quella di cui al secondo comma per il promittente (se questi è un partecipe, naturalmente si configura il concorso materiale con il 416 *bis* c.p.);

se si riesce a raggiungere la più difficile (se non impossibile) prova di un accordo elettorale produttivo di un oggettivo rafforzamento per l'associazione, invece, si configura il più grave delitto di concorso esterno di cui agli artt. 110 e 416 *bis* c.p.;

se si accerta, infine, che l'accordo sia stato realmente eseguito tramite la realizzazione di condotte di corruzione o, più probabilmente (data la genericità delle modalità realizzative di questo secondo reato), di coercizione elettorale dei singoli cittadini aventi diritto al voto, si configura il concorso di reati tra il 416 *ter* c.p. e i reati di cui agli artt. 96 e ss. per il politico, ed il concorso tra il 416 *bis* c.p., il 416 *ter*, secondo comma c.p. e queste fattispecie elettorali per il mafioso; in tutti i casi, si potrà sempre applicare il regime del cumulo giuridico, essendo i reati concretizzazione dei rispettivi medesimi disegni criminosi.

Da quanto detto, si può quindi desumere che la soglia della rilevanza penale dei rapporti tra politica e mafia è stata genericamente arretrata, rimuovendo gli stringenti e criticati limiti del passato, ed ancorata al momento della stipula del *pactum sceleris*; coerentemente con tale scelta, le pene per questo reato di mera condotta sono state limate verso il basso.

Nondimeno, però, per il promittente i voti, l'entità della risposta punitiva è stata rafforzata nel caso in cui egli sia un affiliato al clan, dovendo rispondere in tale eventualità anche del delitto di cui all'art. 416 *bis* c.p., sebbene con il beneficio della continuazione.

Per entrambe le parti dell'accordo, infine, è comunque possibile aumentare le pene, tutte le volte in cui abbiano eventualmente commesso anche dei reati elettorali in concorso morale: in questo caso si avrà un concorso materiale anche con queste ulteriori fattispecie, sempre però mitigato dalla disciplina della continuazione criminosa.

Articolo sottoposto a peer review

"Superprocura" e coordinamento delle indagini in materia di criminalità organizzata tra presente, passato e futuro

Sergio Lorusso

Abstract

Ad oltre un ventennio dall'istituzione della Direzione nazionale antimafia e delle Direzioni distrettuali antimafia è possibile tracciare un bilancio che tenga conto delle ricadute positive della disciplina e delle persistenti criticità del modello di contrasto alla criminalità organizzata fatto proprio dal codice di rito, anche in relazione ai suoi rapporti con gli organismi sovranazionali previsti in ambito europeo, cercando al contempo di prefigurare i futuri assetti in materia.

Sommario

1. La nascita della Procura nazionale antimafia. – 2. Modelli di contrasto al crimine organizzato e struttura ordinamentale del pubblico ministero. – 3. Vent'anni di "Superprocura": un bilancio sostanzialmente positivo. – 4. La tenuta complessiva del modello di coordinamento investigativo. – 5. La rinnovata percezione dei fenomeni di criminalità organizzata frutto di un sapere investigativo comune. – 6. La progressiva discrasia tra l'ambito oggettivo di operatività della Direzione nazionale antimafia e quello delle Direzioni distrettuali antimafia. – 7. I rapporti con gli organismi sovranazionali: da *Eurojust* all'*European Public Prosecutor Office*. – 8. Verso l'affermazione di modelli gerarchici di contrasto alla criminalità organizzata. – 9. Le persistenti criticità del modello nazionale di coordinamento investigativo. – 10. Strumenti di contrasto alla criminalità organizzata e garanzie difensive.

1. La nascita della Procura nazionale antimafia.

Il mutamento degli assetti investigativi in materia di criminalità organizzata prodotto nell'arco di un biennio (1991-1992) da un binomio legislativo[1] nato sull'onda della recrudescenza dei fenomeni mafiosi ha comportato uno scarto significativo, una cesura netta rispetto alle linee guida in materia rinvenienti dal codice 1988, suscitando diffuse diffidenze e resistenze – non soltanto all'interno della magistratura – per i paventati effetti dirompenti sull'organizzazione degli uffici dell'accusa, sull'indipendenza dei relativi componenti e, in definitiva, sulla concezione dominante della magistratura requirente intesa quale potere diffuso.

È noto che la proposta di istituire una "Superprocura", cui affidare funzioni (quantomeno) di coordinamento a livello nazionale dell'attività d'indagine svolta nei confronti delle organizzazioni criminali mafiose (e delle strutture a queste assimilate), provocò fin da subito una levata di scudi da parte di chi riteneva che tale innovazione avrebbe potuto rappresentare un primo, dissimulato e surrettizio passo verso l'affrancamento forzato delle Procure dalla gestione autonoma e orizzontale delle loro funzioni – sancita all'indomani della caduta del regime fascista – preludio di un loro asservimento al potere esecutivo.

La battaglia, nata dall'esperienza operativa e dalla conoscenza dei modelli investigativi operanti oltreoceano, condotta in prima persona da Giovanni Falcone al fine di imprimere maggiore efficienza ed incisività all'azione di contrasto a fenomeni criminali così complessi e articolati, anche territorialmente, che richiedono specularmente un'azione repressiva di ampio respiro[2], finì per impattare con veti incrociati e polemiche strumentali, talora ridotte a poco edificanti invettive personali, e per tradursi in una costruzione normativa al contempo "rivoluzionaria" – rispetto agli equilibri preesistenti – e "di compromesso".

Limite invalicabile, da tutti condiviso, fu infatti quello della conservazione del quadro di attribuzioni "decentrate" e parcellizzate inerenti all'esercizio dell'azione penale: la Direzione nazionale antimafia, pertanto, nasce come organo di coordinamento delle indagini in materia di criminalità organizzata, "naturalmente" attribuite alle singole Direzioni distrettuali antimafia, strutture nelle quali si risolve la soglia massima di superamento del quadro ordinario di distribuzione degli affari penali su base territoriale. È, insomma, la dimensione del distretto di Corte d'Appello a segnare il livello estremo di espansione geografica dell'azione diretta a reprimere i comportamenti illeciti dei sodalizi criminali per loro natura debordanti dagli angusti confini delle circoscrizioni giudiziarie di primo livello, i circondari di tribunale.

Sintesi normativa di tale approccio è l'art. 51 comma 3-*bis* c.p.p., poi progressivamente irrobustito dagli innesti dei commi 3-*quater* e 3-*quinquies*, che rappresenta l'architrave dell'intero sistema ma, al contempo, rivela una crescente disomogeneità tra le attribuzioni per l'esercizio dell'azione penale delle Direzioni distrettuali e le funzioni di coordinamento della Direzione nazionale dando vita ad una delle più evidenti e riconosciute criticità del sistema di contrasto alle forme complesse di criminalità. Sullo sfondo, un malcelato e perdurante sentimento di fastidio nei confronti di ogni forma di gestione e/o di controllo "centralizzati" dell'azione penale e delle sue modalità di promovimento che, per il solo fatto di essere foriera di una tendenziale gerarchizzazione dei poteri delle Procure interessate, è additata come lesiva dell'obbligatorietà dell'azione penale. Quest'ultima, si afferma, può essere garantita soltanto da un'architettura orizzontale degli organi deputati al suo esercizio: dimenticando, però, che esiste un'ineliminabile dimensione soggettiva – non governabile dal canone dell'obbligatorietà – nell'operato del pubblico ministero, il quale può liberamente dettare i tempi di ciascuna indagine e l'intensità del relativo impegno profuso, decidere i mezzi da impiegare e, spesso, persino "l'estensione tematica" delle investigazioni[3].

1 Il riferimento è all'intervento legislativo attuato in una triplice direzione – istituzione della Direzione investigativa antimafia, delle Direzioni distrettuali antimafia e della Direzione nazionale antimafia – dal d.l. 29 ottobre 1991, n. 345, convertito con modificazioni dalla l. 30 dicembre 1991, n. 410, e dal d.l. 20 novembre 1991, n. 367, convertito con modificazioni dalla l. 20 gennaio 1992, n. 8.

2 Cfr. G. Falcone, *Cose di cosa nostra*, Milano, 1991, 161.

3 Così R. Orlandi, *L'organizzazione della giustizia penale*, in P. Biavati – C. Guarneri – R. Orlandi – N. Zanon, *La giustizia civile e penale in Italia*, Bologna, 2008, 230.

2. Modelli di contrasto al crimine organizzato e struttura ordinamentale del pubblico ministero.

Il dibattito sul tema, tuttavia, non può non tener conto – anche in una prospettiva *de iure condendo* – delle modifiche ordinamentali relative all'organizzazione degli uffici del pubblico ministero intervenute nel 2006-2007 a seguito della "mini-riforma" e della speculare "mini-controriforma" dell'ordinamento giudiziario[4] che hanno inciso profondamente proprio sulla materia *de qua*, ridisegnando in maniera sensibile i rapporti tra "capo" e sostituti all'interno dei singoli uffici dell'accusa. Perché è innegabile che la novella, pur riverberandosi esplicitamente sulla sola "indipendenza interna" dei magistrati inquirenti, propaghi implicitamente i suoi effetti, dal punto di vista concettuale, anche sulla questione ordinamentale nodale che investe gli organi dell'accusa: la loro collocazione istituzionale, e in particolare la ventilata separazione delle carriere tra magistratura giudicante e magistratura requirente, quale conseguenza imposta – o comunque suggerita e sollecitata – dall'attuazione del modello costituzionale di "giusto processo".

A monte, insomma, vi è pur sempre la *vexata quaestio* dello *status* del pubblico ministero.

Il relativo dibattito, come si sa, è risultato falsato negli ultimi vent'anni da pregiudizi e *diktat* politici (*rectius*, di schieramento) che poco si coniugano con l'esigenza di trovare una soluzione equilibrata al problema, rispettosa di ciascun ruolo e al contempo in linea con il modello processuale di parti emergente dal dato costituzionale rinnovato[5]. Troppo spesso, purtroppo, si dimentica che l'agire del pubblico ministero non è scevro da scelte discrezionali in grado di incidere sulle concrete opzioni di politica criminale e che la sua indipendenza, voluta dai Padri costituenti quale antidoto agli eccessi e agli abusi del ventennio, non risulta adeguatamente controbilanciata – nonostante la fisiologica parzialità dell'organo dell'accusa – da alcuna forma di responsabilità politica[6].

È indubbio che un'architettura processuale ispirata, pur se con molte "variazioni sul tema", allo stile accusatorio stentatamente si amalgama con una figura di pubblico ministero "limitrofa" – dal punto di vista del reclutamento e della sua posizione istituzionale – a quella del giudice, "terzo e imparziale" per statuto costituzionale. D'altronde un intervento riformatore sarebbe tutt'altro che indolore, richiederebbe sensibilità e convergenze politiche tutte da verificare e andrebbe attentamente meditato[7]. L'aspetto più delicato della questione, naturalmente, è costituito non già dal "se", ma piuttosto dal "come" attuare l'auspicata separazione delle carriere quale inevitabile *pendant* della separazione di funzioni processuali, in un Paese che non ha ancora metabolizzato le pur risalenti iniquità e distorsioni originate dalla pesante subordinazione all'esecutivo dei pubblici ministeri, piegati senza remora alcuna alle esigenze e ai voleri di uno Stato autoritario, e che continua a vivere suo malgrado una stagione scandita da uno scontro acuto tra politica e magistratura.

Certo è che la menzionata "mini-riforma" dell'ordinamento giudiziario, nel valorizzare la gerarchizzazione all'interno degli uffici dell'accusa, ha offerto un ulteriore – e forse decisivo – *assist* ai fautori delle carriere separate, traducendosi in un *input* destinato ad influenzare lo stesso Consiglio Superiore della Magistratura, tradizionalmente attento "custode" delle intime dinamiche delle Procure.

Significativa è sotto quest'aspetto la pressoché coeva risoluzione adottata all'unanimità dall'organo di autogoverno il 12 luglio 2006 in tema di coordinamento delle indagini concernenti il terrorismo, ove il C.S.M. afferma che la specificità dei fenomeni terroristici internazionali induce a propendere per l'istituzione di una "Superprocura" *ad hoc*, cui attribuire "veri e propri poteri di indagine e, in una versione più forte, anche come conseguenza dell'attri-

[4] Il riferimento è, rispettivamente, al d. lgs. 5 aprile 2006, n. 160, e alla l. 30 luglio 2007, n. 111.

[5] M. Chiavario, *La fisionomia del titolare dell'azione penale, tema essenziale di dibattito per la cultura del processo*, in *Pubblico ministero e riforma dell'ordinamento giudiziario*, Atti del XVI Convegno tra gli studiosi del processo penale (Udine, 22-24 ottobre 2004), Milano, 2006, 26 s., osserva che "la mancanza di regole consolidate di costume, quanto a "*fair play*" negli atteggiamenti del potere politico nei confronti del mondo della giustizia" è un dato di fatto in Italia di cui occorre prendere atto, pur riconoscendo che la riscrittura dell'art. 111 Cost. costituisce "un fattore, se non altro, di maggiore incertezza sul significato complessivo della normativa costituzionale di riferimento".

[6] In questa direzione R. Orlandi, *L'organizzazione della giustizia penale*, cit., 231.

[7] Emblematico è il disegno di legge costituzionale presentato dal Governo l'11 marzo 2011, su cui sia consentito il rinvio a S. Lorusso, *Gli assetti costituzionali della Giustizia e lo scontro infinito tra poteri*, in *Proc. pen. giust.*, 2011, fasc. 3, 4 s.

buzione di una competenza propria"[8]: un brusco mutamento di rotta, quindi, con un chiaro scavalcamento dello schema del coordinamento e l'adesione inattesa a un modello di Procura nazionale fortemente verticistico.

Una tale presa di posizione, inimmaginabile fino a pochi anni addietro, è il sintomo inequivocabile di un clima mutato, parziale riflesso di quanto accade nelle "stanze della politica" ove, si sottolinea non senza allarme da parte di taluni settori della magistratura, si è assistito ad un progressivo e massiccio convergere della volontà parlamentare in direzione di un assetto gerarchico degli uffici del pubblico ministero[9].

Se, dunque, la ventilata separazione delle carriere non è più un tabù, anche un'eventuale distribuzione verticale delle funzioni d'accusa e, con essa, l'attribuzione di poteri più pregnanti d'investigazione e di azione – che superino il mero coordinamento dell'attività di indagine altrui – agli organi centralizzati, possono divenire oggetto di dibattito, nell'intento di dare maggiore incisività e congruenza alla lotta al crimine organizzato operante su vasta scala con il coinvolgimento di piani nazionali e/o sovranazionali sempre più ampi e complessi.

Nel 1991 una scelta di tale portata sarebbe apparsa senza dubbio "eversiva", pur nell'acquisita consapevolezza che le indagini sulla criminalità mafiosa (e organizzata in genere) dovessero essere condotte a trecentosessanta gradi mirando a ricostruire uno scenario complessivo in cui calare il singolo episodio delittuoso e ciascun elemento investigativo e probatorio. Già allora, del resto, gli osservatori più attenti rimarcavano che "le indagini devono essere fatte "alla grande". Occorre raccogliere il maggior numero possibile di informazioni […] Occorre costruire una strategia investigativa generale e verificare continuamente il confine tra il noto e l'ignoto"[10]. La soluzione poi individuata, quella del coordinamento degli uffici "decentrati" del pubblico ministero, si presentava come "'l'ultima spiaggia'", l'occasione estrema per contemperare e coniugare due fondamentali esigenze, quella "di mantenere l'indipendenza del pubblico ministero dal potere politico […] dilaniato da tendenze centrifughe ed incapace di ricomporle in un quadro razionale" e quella di "coordinare l'attività investigativa in modo che l'azione del pubblico ministero sia 'organizzata'" come il fenomeno criminale su cui deve indagare[11].

Non sembravano, insomma, esservi alternative.

Il mancato o difettoso funzionamento dell'azione di coordinamento – magari per un'interpretazione restrittiva e riduttiva delle norme introdotte – avrebbe aperto inevitabilmente le porte a un'azione di contrasto più incisiva e penetrante, reclamata a gran voce dall'opinione pubblica, da attribuire a un pubblico ministero strutturato gerarchicamente: al coordinamento, nella gradazione degli strumenti possibili messi a disposizione dal diritto amministrativo, segue infatti l'ordinamento gerarchico[12] che, "in un sistema democratico, comporta il controllo da parte del potere politico"[13].

3. Vent'anni di "Superprocura": un bilancio sostanzialmente positivo.

Il bilancio di vent'anni di operatività della Direzione nazionale antimafia e delle Direzioni distrettuali antimafia può dirsi sostanzialmente positivo, se si guarda ai risultati raggiunti sul campo e condensati nelle Relazioni approntate annualmente dal Procuratore nazionale antimafia e indirizzate al Procuratore generale presso la Corte di cassazione, cui la legge istitutiva attribuisce – com'è noto – funzioni di sorveglianza sull'operato della "Superprocura" (art. 76-*ter* o.g., abrogato e ora sostituito dall'art 104 del d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159, il c.d. "codice antimafia").

Ne emerge un quadro dominato dall'istituto del collegamento investigativo *ex* art. 371-*bis*

[8] *Consiglio superiore della magistratura - risoluzione 12 luglio 2006*, in *Quest. giust.*, 2006, 1057.
[9] G. Santalucia, *Coordinamento o nuova gerarchia?*, in *Quest. giust.*, 2006, 1052.
[10] P. Tonini, *Il coordinamento tra gli uffici del pubblico ministero*, in *Giust. pen.*, 1992, III, 411.
[11] P. Tonini, *Il coordinamento tra gli uffici*, cit., 412.
[12] V., sul punto, le considerazioni di F. De Leo, *Il coordinamento giudiziario in Italia e in Europa. Normative e modelli a confronto*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 377, che ricorda come quella del coordinamento è – per il diritto pubblico – una figura organizzatoria caratterizzata da modalità meno verticalizzate nei rapporti tra vari soggetti della pubblica amministrazione rispetto allo schema della gerarchia, in grado di tutelare l'autonomia dei singoli organismi coordinati e, al contempo, di garantire un'azione unitaria.
[13] P. Tonini, *Il coordinamento tra gli uffici*, cit., 412.

comma 3 lett. *c*) c.p.p. e dalla ripartizione interna delle funzioni dell'ufficio per materie d'interesse attribuite mediante delega a un sostituto della Procura nazionale, coerentemente al più recente modello organizzativo adottato a partire dal marzo 2006 e di cui il C.S.M. ha preso atto nelle sedute del 5 luglio 2006 e – per le successive modifiche – del 1 aprile 2009. Particolare attenzione, inoltre, è rivolta alle attività di studio e di documentazione, di cooperazione internazionale e di utilizzo delle nuove tecnologie, organizzate in corrispondenti Servizi che sviluppano, talvolta in maniera collegata, le linee strategiche e programmatiche della "Superprocura". Rilievo crescente assumono poi le misure di prevenzione (personali e patrimoniali) adottate nei confronti della criminalità mafiosa.

In concreto, l'attività svolta si è tradotta in un esiguo numero di applicazioni disposte dal Procuratore nazionale antimafia, in una discreta quantità di colloqui investigativi e di operazioni sotto copertura e in azioni di coordinamento tese prevalentemente al collegamento investigativo o, in misura minore, alla risoluzione di contrasti insorti tra Procure distrettuali[14]. Significativo è il numero di rogatorie disposte e preponderante, sotto il profilo quantitativo, è l'intervento legato alle competenze in materia carceraria, connesso da un lato al regime detentivo speciale di cui all'art. 41-*bis* o.p. e ai benefici penitenziari per i collaboratori di giustizia, dall'altro ai pareri sulle scarcerazioni di persone soggette a restrizione della libertà personale perché indagate, imputate o condannate per uno dei delitti enumerati nell'art. 51 comma 3-*bis* c.p.p.

L'azione di contrasto al crimine organizzato di stampo mafioso ne è risultata, nel complesso, rafforzata e senza dubbio depurata da storture e *défaillances* frequenti in passato, frutto di personalismi e "gelosie" tra i vari attori dell'investigazione penale[15] che il coordinamento spontaneo tra le Procure aveva dimostrato di non essere in grado di governare.

Non per questo, tuttavia, i fenomeni mafiosi e quelli a essi assimilati possono dirsi sradicati dal tessuto sociale[16]. Pur avendo assunto, infatti, una dimensione meno dirompente e per certi versi più "sommersa", se ne denuncia da più parti la progressiva diffusione e il radicamento in aree geografiche un tempo sottratte alla sfera d'influenza della criminalità organizzata nonché un'espansione della sfera dell'illecito in ambiti prima impermeabili a dette organizzazioni.

In questo quadro generale occorre chiedersi se una risposta più efficiente dello Stato possa venire dal conferimento di poteri investigativi alla Procura nazionale antimafia in via diretta o, quantomeno, in via mediata attraverso la formulazione di direttive vincolanti per le Procure distrettuali. Più arduo, allo stato, ipotizzare un potere di esercizio diretto dell'azione penale da parte della "Superprocura", in via esclusiva o concorrente, che potrebbe comportare non solo l'attribuzione all'organo "centralizzato" della "competenza" per determinati reati, sottraendola agli organi "territoriali", ma finanche la correlativa istituzione di un giudice specializzato cui devolvere la cognizione dibattimentale dei reati in materia di criminalità organizzata mafiosa (e ad essa assimilata).

E questo nonostante le inattese aperture del C.S.M., che – nell'esprimersi sull'opportunità di istituire un ufficio centrale di coordinamento dell'attività di contrasto ai reati di terrorismo – non rifiuta comunque *a priori*, come abbiamo visto, l'ipotesi della creazione di un organismo *ad hoc*, la Direzione nazionale antiterrorismo (DNAT), cui attribuire non soltanto poteri d'indagine diretti ma anche una specifica "competenza", non dubitando "che le caratteristiche attuali di alcuni settori del terrorismo nazionale e internazionale possono far apparire, a un primo approccio, preferibile un pubblico ministero svincolato dalla competenza per territorio e in grado di costituire un referente unico per la polizia giudiziaria e per le autorità degli altri Stati"[17]: un modello innovativo di "Superprocura", destinato magari a fare da "apripista" ad un corrispondente ampliamento dei poteri attribuiti alla Procura nazionale antimafia.

Lo stesso organo di autogoverno, d'altronde, ha mostrato cautela di fronte a soluzioni

[14] Si vedano i dati contenuti nella *Relazione annuale sulle attività svolte dal Procuratore nazionale antimafia e dalla Direzione nazionale antimafia nonché sulle dinamiche e strategie della criminalità organizzata di tipo mafioso*, 2012, 9-10.

[15] V., per quel che concerne la duplicazione dell'attività di polizia giudiziaria, S. Liotta, *La Direzione nazionale antimafia e il coordinamento delle indagini di mafia dopo 20 anni: bilancio e prospettive*, in *Criminalia*, 2012, 419 s.

[16] Cfr., da ultimo, le considerazioni svolte da G. Ciani, *Intervento del Procuratore generale della Corte suprema di cassazione nell'Assemblea generale della Corte sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2012* (Roma, 25 gennaio 2013), 67, ove si sottolinea "la piena attualità dei tradizionali fenomeni di criminalità mafiosa" nonostante "gli indiscutibili successi che anche nell'anno in esame si sono conseguiti nei confronti dell'organizzazione 'cosa nostra'", che "non devono indurre in errore facendo ritenere che la cattura di esponenti mafiosi di spicco e di numerosi altri associati abbia da sola disarticolato in maniera definitiva l'organizzazione".

[17] *Consiglio superiore della magistratura - risoluzione 12 luglio 2006*, cit., 1057.

estreme, soprattutto per le loro implicazioni: l'attribuzione di poteri investigativi in prima persona "potrebbe comportare la costituzione di un giudice anch'esso svincolato dalla competenza per territorio, quanto meno nella fase delle indagini preliminari: in caso contrario il pubblico ministero della DNAT resterebbe privo di un giudice di controllo e, quanto meno, si porrebbe il problema della sua responsabilità", si sottolinea nella medesima risoluzione, invocando la *dead line* di eventuali nuovi giudici penali specializzati per materia non infranta in passato neanche nei periodi di massima emergenza della storia repubblicana[18].

4. La tenuta complessiva del modello di coordinamento investigativo.

Sicuramente eccessivo e infondato è risultato il timore di interferenze o, addirittura, di un controllo esterno delle iniziative degli uffici delle singole Procure da parte della Direzione nazionale antimafia. Il complesso dei poteri attribuiti alla Superprocura, così come strutturato, rendeva d'altronde alquanto remoto tale rischio, essendo di gran lunga prevalenti i poteri conoscitivi, di impulso e di coordinamento rispetto a quelli, chiaramente residuali, di intervento diretto nelle indagini.

L'indipendenza del pubblico ministero non è stata in alcun modo lesa e la nuova struttura centralizzata, resa impellente dalle istanze di politica criminale derivanti da forme di criminalità organizzata sempre più invasive e aggressive, è risultata indifferibile e indispensabile – quale *pendant* della concentrazione su base nazionale delle strutture investigative specializzate di polizia giudiziaria – per evitare una perniciosa parcellizzazione dell'agire che sarebbe potuta degenerare in una disarticolazione degli uffici dell'accusa[19]. Ingiustificati, dunque, gli allarmi lanciati con la preoccupazione "che partendo dall'esigenza di un efficace, vincolante, coordinamento fra diversi uffici del p.m. si [potesse] giungere ad un'effettiva subordinazione gerarchica dell'ufficio medesimo"[20].

Il potere di applicazione temporanea di magistrati della Direzione nazionale e delle Direzioni distrettuali, esercitabile dal Procuratore nazionale antimafia per garantire "la necessaria flessibilità e mobilità che soddisfino specifiche e contingenti esigenze investigative o processuali" (art. 371-*bis* comma 3 lett. *b*) c.p.p.), cristallizzato nelle norme di ordinamento giudiziario con espresso riferimento ai "procedimenti di particolare complessità o che richiedono specifiche esperienze e competenze professionali" (art. 110-*bis* o.g., ora confluito nell'art. 105 del citato d. lgs. 159/2011), ritenuto non a torto potenzialmente più penetrante della stessa avocazione[21], è stato impiegato *cum grano salis* e nell'ottica di un rafforzamento della specializzazione – ma pure della "personalizzazione" – della funzione d'accusa.

Del tutto assente, nell'arco di un ventennio, il ricorso da parte del Procuratore nazionale antimafia all'istituto dell'avocazione, previsto dall'art. 371-*bis* comma 3 lett. *h*) c.p.p. per i casi di mancato esito delle riunioni disposte al fine di promuovere o di rendere effettivo il coordinamento, reso impossibile dalla perdurante e ingiustificata inerzia nelle attività d'indagine o dall'ingiustificata e reiterata violazione dei doveri previsti dall'art. 371 c.p.p. ai fini del coordinamento delle indagini. Tale rimedio, che costituisce sicuramente lo strumento più radicale messo a disposizione della "Superprocura" dal legislatore, introdotto quale *extrema ratio* per il caso di coordinamento investigativo non andato a buon fine, era stato anche quello maggiormente avversato in sede di gestazione della normativa per le sue possibili implicazioni "verticistiche" – nonostante il corredo di garanzie all'uopo predisposte e incentrate sul reclamo proponibile al Procuratore generale presso la Corte di cassazione avverso il decreto motivato di avocazione – non mancando di suscitare *illo tempore* riserve, "soprattutto per il pericolo che

[18] *Consiglio superiore della magistratura - risoluzione 12 luglio 2006*, cit., 1057, ove si evidenzia pure che "la costituzione di giudici deterritorializzati porterebbe assai vicini alla costituzione di giudici specializzati, che si sono invece evitati anche nelle fasi più drammatiche del terrorismo".

[19] Cfr. S. Panagìa, *Indipendenza del pubblico ministero e superprocura: alcune riflessioni sul tema*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 1076.

[20] S. Panagìa, *Indipendenza del pubblico ministero e superprocura*, cit., 1075.
V., in argomento, G. Salvi, *Funzioni e poteri del procuratore nazionale antimafia*, in *Cass. pen.*, 1992, 1081; G. Salvi, *Primi problemi interpretativi su assetto e competenze degli uffici del pubblico ministero*, in *Quest. giust.*, 1989, 605.

[21] Cfr. G. Santalucia, *Spunti critici sulla riorganizzazione degli uffici di procura in tema di delitti di mafia*, in *Giust. pen.*, 1992, II, 266 s.

si formi una magistratura parallela rispetto a quella che si interessa di reati comuni"[22], rivelatesi poi prive di consistenza.

In definitiva, ogni preoccupazione sul punto è stata fugata, stante l'assenza di qualsiasi episodio di controllo o di condizionamento dell'attività d'indagine nell'esperienza della Procura nazionale antimafia che ha dimostrato come sia possibile realizzare forme di raccordo tra organi "centrali" e organi "territoriali" rispettose del carattere diffuso dell'azione penale e, con esso, dell'autonomia e dell'indipendenza di ogni singolo ufficio[23]. Le prassi operative della Direzione nazionale antimafia, come riconosciuto in varie occasioni dallo stesso C.S.M., non hanno insomma originato rilievi di natura sostanziale.

5. La rinnovata percezione dei fenomeni di criminalità organizzata frutto di un sapere investigativo comune.

Senza dubbio l'esperienza ventennale della "Superprocura" ha generato una nuova cultura del fenomeno mafioso nelle sue varie sfaccettature, favorendo la formazione di un sapere investigativo "mirato" e unitario: intento che rientrava – del resto – tra gli obiettivi dichiarati dell'intervento legislativo. A questo scopo è preordinato il conferimento al Procuratore nazionale antimafia del potere di acquisire ed elaborare "notizie, informazioni e dati attinenti alla criminalità organizzata" (art. 371-*bis* comma 3 lett. *c*) c.p.p.), di cui il nuovo organo si è avvalso ampiamente istituendo anche, come detto, appositi Servizi di studio e di documentazione quali articolazioni interne dell'ufficio.

Ha contribuito in maniera significativa a tale finalità l'istituzione di apposite Sezioni dedicate alle varie forme di criminalità organizzata interna ed estera (da Cosa nostra alla Camorra, dalla 'Ndrangheta alla Sacra corona unita) e l'individuazione di specifiche aree tematiche d'interesse: dagli appalti pubblici alle frodi comunitarie, dall'immigrazione clandestina al narcotraffico, dagli appalti pubblici alle infiltrazioni della criminalità organizzata nella pubblica amministrazione, dall'antiriciclaggio al racket e all'usura, e via discorrendo.

La percezione dei fenomeni mafiosi (e di criminalità organizzata ad essi assimilati) è dunque mutata, superando quella visione angusta e settoriale che la frammentazione della risposta giudiziaria[24], al di là di ogni pur meritevole sforzo individuale, inevitabilmente determinava: la lettura combinata e incrociata dei dati, sotto questo profilo, è risultata decisiva e non ha scalfito in alcun modo l'autonomia operativa delle singole Procure distrettuali, trasformandosi al contrario in un valore aggiunto per il loro stesso operato.

Qualche perplessità persiste, se mai, sull'anomala collocazione ordinamentale della Direzione nazionale antimafia e del Procuratore nazionale antimafia, entrambi inseriti all'interno della Procura generale presso la Corte di cassazione – che su tali organi esercita come ricordato un potere di sorveglianza – pur non svolgendo funzioni attinenti in alcun modo alla giurisdizione di legittimità bensì esclusivamente di merito e, per giunta, proprie della fase procedimentale. Alla base della scelta legislativa, com'è noto, l'esigenza di non creare "corpi separati" in qualche maniera condizionati o condizionabili dagli organi legislativi e/o esecutivi. Sarebbe stata preferibile una posizione autonoma, pur se all'interno dell'organizzazione giudiziaria e indipendente, quindi, da qualsivoglia organo espressione di altri poteri dello Stato. La collocazione al vertice dell'organizzazione giudiziaria, sotto l'egida del Procuratore generale, riflette comunque sia la portata nazionale e, dunque, l'ampio spettro territoriale d'incidenza della "Superprocura", sia il rilievo e il peso specifico della stessa.

Del timore di possibili condizionamenti del potere politico vi è traccia nel mutamento di rotta rispetto al disegno originario – attuato nel passaggio dallo schema di decreto legislativo presentato dal Ministro della Giustizia al testo del d.l. n. 367/1991 – in relazione alle attribuzioni del Procuratore generale presso la Corte di cassazione, che avrebbe dovuto recepire le

[22] A. Giarda, *La lenta evoluzione dei principi in nome della lotta alla criminalità organizzata*, in *Corr. giur.*, 1992, 44. V., in proposito, i rilievi di G. Salvi, *Funzioni e poteri del procuratore nazionale*, cit., 1083.

[23] In questa direzione V. Borraccetti, *L'attività di coordinamento del procuratore nazionale antimafia*, in Aa. Vv., *Il coordinamento delle indagini di criminalità organizzata e terrorismo*, a cura di G. Melillo, A. Spataro e P.L. Vigna, Milano, 2004, 93.

[24] Sui limiti derivanti dall'eccesso di parcellizzazione dei poteri di indagine in materia si veda P. L. Vigna, *Il processo accusatorio nell'impatto con le esigenze di lotta alla criminalità organizzata*, in *Giust. pen.*, 1991, III, 470-471.

linee di politica criminale elaborate dal Governo e approvate dal Parlamento in merito all'attività di prevenzione e di investigazione per poi riferire periodicamente al C.S.M. e, tramite il Guardasigilli, ai Presidenti delle Camere, con l'effetto di vincolare l'operato del Procuratore nazionale antimafia agli indirizzi approvati dal Parlamento.

Un assetto ben più coraggioso e radicale di quello definitivo, nel quale le attribuzioni della Procura generale presso la Corte di cassazione appaiono inevitabilmente sfumate e il potere del Procuratore nazionale antimafia di individuare i temi su cui investigare e di orientare i piani d'indagine sull'intero territorio nazionale, nonché di impartire specifiche direttive ai procuratori distrettuali, è soppresso.

6. La progressiva discrasia tra l'ambito oggettivo di operatività della Direzione nazionale antimafia e quello delle Direzioni distrettuali antimafia.

Il più evidente – e al contempo più facilmente rimovibile – punto critico della normativa vigente è costituito dal progressivo "scostamento" tra le molteplici fattispecie di reato attribuite dall'art. 51 c.p.p. alla "competenza" delle Direzioni distrettuali antimafia e le più circoscritte ipotesi criminose per le quali si prevede l'intervento di impulso e di coordinamento della Direzione nazionale antimafia (art. 51 comma 3-*bis* c.p.p.). Frutto di un'attività legislativa incessante (da ultimo con la l. 1 ottobre 2012, n. 172, di ratifica della Convenzione di Lanzarote) troppo spesso tumultuosa e scoordinata, motivata da urgenze ed emergenze talora strumentali, la discrasia ha assunto dimensioni via via più ampie e insostenibili, che mettono a rischio l'efficienza complessiva dell'attività di contrasto alle manifestazioni criminali organizzate se si considera la loro fenomenologia caratterizzata da sinergie delittuose sempre nuove, dalla permeabilità e dall'interscambiabilità delle figure di reato poste in essere dai sodalizi criminali.

Ignorare le possibili interazioni tra reati informatici o di pedopornografia e prostituzione minorile e fattispecie associative significa chiudere gli occhi di fronte ad una realtà nella quale spesso detti reati non si consumano in una dimensione individuale ma si inscrivono nell'attività illecita di gruppi criminali che da tali comportamenti traggono vantaggi ed utilità di carattere non soltanto economico.

Un caso a sé è quello relativo ai procedimenti per delitti commessi (o tentati) con finalità di terrorismo, cui prima si è fatto cenno. Il dibattito sul punto è intenso, come testimoniano i numerosi interventi di studiosi e addetti ai lavori convergenti nel richiedere che l'esperienza della Procura nazionale antimafia venga messa a frutto, estendendola a tale settore. D'altronde, è ormai noto e acclarato che non di rado i fenomeni di criminalità organizzata si intersecano e si coniugano con quelli terroristici, dando vita a "relazioni pericolose" soprattutto sotto il profilo del finanziamento delle organizzazioni terroristiche e del reperimento degli strumenti d'offesa (armi ed esplosivi), ma anche per quanto concerne l'ingresso nel nostro territorio e la "copertura" degli appartenenti alle singole cellule eversive.

Incerte, se mai, sono le modalità di tale operazione: se, cioè, si debba trattare di un semplice ampliamento delle attribuzioni "per materia" della "Superprocura" o se, invece, in considerazione delle specificità del fenomeno soprattutto nella sua dimensione internazionale, contraddistinta dalla "delocalizzazione" e dalla creazione di una "rete mobile" in grado di operare a livello globale, si debba piuttosto pensare all'istituzione di un nuovo e più incisivo organo, una Procura nazionale antiterrorismo dotata di ampi poteri che spinga il suo raggio d'azione al di là del mero impulso e coordinamento dell'attività d'indagine altrui per assumere in prima persona funzioni investigative e, nella versione più "forte", persino di esercizio dell'azione penale. Ineludibile, in ogni caso, l'istituzione di una banca dati antiterrorismo, sulla falsariga di quella concepita a fini investigativi per la raccolta e la condivisione di informazioni e dati relativi ai fenomeni mafiosi.

Le caratteristiche peculiari del terrorismo internazionale, si sottolinea, impongono "un approccio investigativo da parte di polizia giudiziaria e magistratura requirente che non può restringersi nell'orizzonte della circoscrizione territoriale di competenza"[25]: trattasi, anzi, di

[25] Così V. Borraccetti, *La necessità del coordinamento e la positiva esperienza della Direzione nazionale antimafia*, in *Quest. giust.*, 2006, 1041.

materia in cui – come e più che nel crimine organizzato – la cooperazione internazionale sul piano investigativo e giudiziario assume un ruolo decisivo per il conseguimento di risultati davvero apprezzabili. Dall'istituzione di un organo centrale, peraltro, trarrebbe indubbio vantaggio anche il rapporto con le strutture specializzate di polizia nazionali ed estere, senza per questo suscitare il pericolo di un arretramento dell'azione giudiziaria in ambiti che precedono l'intervento della magistratura[26].

La creazione di un ufficio unico dell'accusa su base nazionale, cui attribuire il novero dei reati in materia di terrorismo internazionale, non costituisce una scelta obbligata, pur trattandosi di una soluzione proponibile e praticabile – adottata in vari Paesi europei – senza per questo essere tacciati "a priori di antidemocraticità"[27]. Certo, una virata radicale in questa direzione si troverebbe a fare i conti con il particolare quadro politico, ordinamentale e istituzionale italiano, di cui prima si è detto.

Preferibile (e in concreto più facilmente realizzabile), in questo contesto, l'estensione delle "competenze" attribuite all'attuale "Superprocura", piuttosto che la creazione di un organismo *ad hoc*.

Anche soluzioni più morbide, tuttavia, devono confrontarsi con il dissenso di chi solleva questioni di compatibilità rispetto all'assetto costituzionale di poteri modellati in modo da far emergere relazioni gerarchiche, seppur sotto forma di *moral suasion* determinata dall'autorevolezza dell'organo accentrato, cui sarebbe in concreto difficile sottrarsi trasformando, così, *de facto* in gerarchia una relazione formalmente di semplice sovraordinazione[28].

Necessaria, in ogni caso, una risposta più congrua e ragionevole alla questione dell'individuazione di un corrispondente nazionale per la materia *de qua*, posta dalla Decisione del Consiglio dell'Unione europea del 28 febbraio 2002 istitutiva – nell'ambito della Rete giudiziaria europea – di *Eurojust* (2002/187/GAI), recepita nel nostro ordinamento dalla l. 14 marzo 2005, n. 41: l'opzione ivi accolta di individuare un numero di corrispondenti pari a quello delle Procure generali (ventisei), oltre alla Direzione nazionale antimafia e alla Direzione generale della giustizia penale del Dipartimento per gli affari di giustizia del Ministero della Giustizia quale autorità centrale, da taluni definita "grottesca" per le immaginabili "conseguenze negative … sull'efficacia dello scambio delle informazioni e della cooperazione su casi concreti in campo internazionale"[29], dovrebbe lasciare spazio – una volta istituito un organismo nazionale di coordinamento della lotta al terrorismo – all'individuazione di un corrispondente italiano "mirato", in grado di garantire davvero il coordinamento delle indagini e lo scambio di informazioni e dati di cui sarà depositario nell'istituenda banca dati. Non va dimenticato, peraltro, che la figura del corrispondente nazionale è meramente eventuale nella costruzione di *Eurojust*, trattandosi di una sorta di *alter ego* del membro nazionale, e che le sollecitazioni europee in favore di una sua istituzione riguardano proprio l'area del contrasto al terrorismo[30].

In questa direzione, del resto, si colloca la Decisione del Consiglio dell'Unione europea adottata il 20 settembre 2005 (2005/671/GAI), in cui si prevede che ogni Stato membro designi una o più autorità quale corrispondente nazionale di *Eurojust* "per le questioni legate al terrorismo, ovvero un'autorità giudiziaria o altra autorità competente che, nel rispetto della legislazione nazionale, abbia accesso a tutte le informazioni pertinenti in merito ai procedimenti e alle condanne penali riguardanti reati di terrorismo e che riunisca tali informazioni" per inviarle a *Eurojust*.

[26] Cfr. V. Borraccetti, *La necessità del coordinamento*, cit., 1043.
[27] V. Borraccetti, *La necessità del coordinamento*, cit., 1042.
[28] È quanto osserva G. Santalucia, *Coordinamento o nuova gerarchia?*, cit., 1051, con riferimento all'eventuale potere di coordinamento dell'attività investigativa – ai confini con quella di prevenzione – che precede la definizione di una *notitia criminis*: "se ancora i fatti non sono nitidamente emersi, gli uffici coordinati hanno in concreto scarsa possibilità di orientare la loro azione in modo difforme da quello indicato con direttive anche specifiche, perché non dispongono dei necessari parametri per determinarsi a scelte diverse e per poi poterle giustificare" (*ibidem*).
[29] V. Borraccetti, *La necessità del coordinamento*, cit., 1042.
[30] Cfr. F. De Leo, *Il coordinamento giudiziario in Italia e in Europa*, cit., 382.

7. I rapporti con gli organismi sovranazionali: da *Eurojust* all'*European Public Prosecutor Office*.

Il riferimento a *Eurojust* ci consente di introdurre un altro tema, sempre più vitale, che richiede una verifica rispetto agli attuali assetti della Procura nazionale antimafia: il rapporto dell'organo nazionale di coordinamento con le strutture sovranazionali già esistenti, gli equilibri ravvisabili e le ulteriori implicazioni nascenti dalla prospettata attribuzione di nuove (e più ampie) prerogative agli organismi operanti nello Spazio giudiziario europeo e dalla costituzione di nuovi organismi sovranazionali, *in primis* della Procura europea, alla luce del Trattato di Lisbona e della proposta avanzata il 17 luglio 2013 dalla Commissione europea nella comunicazione indirizzata al Parlamento europeo, al Consiglio dell'Unione e ai Comitati economico e sociale e delle regioni (COM(2013) 534 final).

Preso atto ormai di come non sia più possibile eludere la dimensione transnazionale del crimine organizzato, le cui forme più raffinate e resistenti travalicano i confini dei singoli Stati per aggredire persone, beni e interessi a livello globale, diviene indispensabile predisporre strumenti di cooperazione – sia investigativa che giudiziaria – tra organi di polizia e magistrati nazionali e individuare correlative norme che regolino le molteplici e complesse interrelazioni. Si tratta di un processo in atto da decenni in ambito europeo, del quale *Eurojust* rappresenta, allo stato, la sintesi più avanzata, quale organismo sovranazionale indipendente cui è attribuito il compito di coordinare il contrasto non soltanto alle forme di criminalità di cui si occupa *Europol*, ma anche a fattispecie di reato individuali di una certa gravità e alle forme di partecipazione alle organizzazioni criminali. Apprezzabili, in tale contesto, le forme di collaborazione sviluppate sul campo nel corso degli anni tra la Direzione nazionale antimafia e l'organismo sovranazionale in relazione ad indagini su fenomeni criminali a dimensione transnazionale.

Eurojust è strutturata secondo un modello essenzialmente verticale e accentrato[31] che stride concettualmente con lo schema orizzontale di coordinamento, rispettoso del potere d'indagine e di azione diffuso attribuito alle Procure distrettuali e ai singoli magistrati ad esse appartenenti, tipico della Procura nazionale antimafia. In particolare, si realizza – proprio ai fini del coordinamento – la centralizzazione di poteri di impulso e di direttiva (non vincolanti) in relazione all'attività di carattere investigativo svolta dalle autorità giudiziarie nazionali, favorendo al contempo una comunicazione diretta tra le autorità giudiziarie dei diversi Stati in essa coinvolti tesa a superare il pregresso schema di cooperazione essenzialmente intergovernativo, basato su singole intese ed accordi di carattere bilaterale o multilaterale.

Non solo.

Le linee evolutive di *Eurojust*, tracciate dal Trattato che adottava una Costituzione per l'Europa sottoscritto a Roma in data 29 ottobre 2004, ipotizzano l'espansione del suo ruolo di coordinamento fino a ricomprendere l'avvio di indagini penali e la proposta di intraprendere azioni penali, con una formula che, anzi, risulta ammorbidita rispetto a quella contenuta nel progetto elaborato dalla Convenzione europea l'anno precedente, in cui si conferiscono funzioni di "avvio di indagini e di azioni penali", così riconoscendo un autonomo potere di promovimento dell'azione penale[32]. Archiviato – per i noti dinieghi alla ratifica da parte di Francia e Paesi Bassi – il Trattato di Roma, è il Trattato di Lisbona, sottoscritto il 13 dicembre 2007 ed entrato in vigore il 1 dicembre 2009, a costituire il punto di riferimento indefettibile in materia. E anche qui, per la verità, emerge un modello "forte" di coordinamento e di cooperazione giudiziaria per *Eurojust*, che tra i suoi compiti annovera "l'avvio di indagini penali, nonché la proposta di avvio di azioni penali esercitate dalle autorità nazionali competenti" e "il coordinamento di indagini ed azioni penali" (art. 85 comma 1 TFUE).

[31] Per una ricostruzione complessiva dell'istituto v., da ultimo, G. De Amicis, *I soggetti della cooperazione*, in Aa. Vv., *Manuale di procedura penale europea*, a cura di R.E. Kostoris, Torino, 2014, 190 s.
Sul punto v., altresì, le considerazioni di G.C. Caselli-G. De Amicis, *Il coordinamento delle indagini transnazionali fra assistenza giudiziaria ed indagini comuni*, in Aa. Vv., *Il coordinamento delle indagini di criminalità organizzata e terrorismo*, cit., 165 s.; D. De Leo, *Le funzioni di coordinamento di Eurojust*, *ivi*, 95 s.; D. Manzione, *Le indagini collegate nel sistema processuale italiano*, *ivi*, 73 s., che evidenzia l'inevitabile spostamento all'indietro del baricentro dell'intero procedimento – con "una forte valorizzazione della fase investigativa" – derivante dall'esigenza di garantire una risposta efficace a fenomeni criminali avvertiti come particolarmente pericolosi, cui si riconnette l'eventuale realizzazione di fenomeni di *forum shopping* da parte dell'organo dell'accusa.

[32] Cfr., in proposito, F. De Leo, *Il coordinamento giudiziario in Italia e in Europa*, cit., 382-383, secondo il quale "l'idea deve essere sembrata troppo audace e ha determinato una prudente marcia indietro".

Nella medesima direzione si colloca la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 luglio 2013 tesa a modificarne gli assetti (COM(2013) 535 final), non a caso coeva a quella istitutiva dell'*European Public Prosecutor Office*, frutto di un progetto annunciato nel Piano d'azione presentato nel 2012 dalla Commissione d'attuazione del Programma di Stoccolma.

Non si tratta, pertanto, del punto di arrivo di un prefigurato processo di superamento – in un'ottica cooperatoria tesa al rafforzamento e alla razionalizzazione dell'azione di contrasto alla criminalità transnazionale – dei confini dei singoli Stati, ma soltanto di un primo passo in vista di quello, senza dubbio più impegnativo, della creazione di un organismo d'accusa *ad hoc*: l'art. 86 comma 1 TFUE, difatti, prevede la possibilità di "istituire una Procura europea a partire da Eurojust", cui affidare il compito di "individuare, perseguire e rinviare a giudizio, eventualmente in collegamento con Europol, gli autori dei reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione" e di esercitare "l'azione penale per tali reati dinanzi agli organi giurisdizionali competenti degli Stati membri" (art. 86 comma 2 TFUE), destinata in una fase successiva ad estendere ulteriormente la sua sfera d'azione "alla lotta contro la criminalità grave che presenta una dimensione transnazionale" (art. 86 comma 4 TFUE).

Una "Superprocura europea", insomma, chiamata a indagare e ad agire in prima persona all'interno dei singoli Stati, con evidenti ricadute in punto di limitazioni alla sovranità nazionale e di esercizio della funzione giurisdizionale, il cui modello collide chiaramente con l'archetipo della Procura nazionale antimafia *made in Italy*.

La percezione della centralità di un intervento coordinato a livello sovranazionale nella repressione dei fenomeni criminali organizzati, d'altronde, è chiara e forte negli addetti ai lavori: il Procuratore nazionale antimafia, nell'audizione resa innanzi alla *Commissione europea su corruzione riciclaggio crimine organizzato* il 19 giugno 2012, dopo aver ricordato il pensiero profetico di Giovanni Falcone "che aveva individuato nella cooperazione internazionale l'unico modo per intraprendere una effettiva e concreta azione globale contro le organizzazioni criminali transnazionali", ha espresso il suo apprezzamento per l'avvio a livello europeo di un percorso teso ad una valutazione d'insieme delle manifestazioni del crimine organizzato nell'ottica di una maggiore armonizzazione delle singole legislazioni nazionali, atteso il mutamento strutturale delle reti criminali che hanno ormai assunto le sembianze di *network* internazionali non dissimili dalle *major* economico-finanziarie internazionali, rispetto alle quali il vero distinguo resta la natura illecita dei beni e dei servizi offerti[33].

Molteplici le conseguenze di tale evoluzione, favorita anche dalla diffusione delle tecnologie informatiche, a partire da un'inedita "flessibilità operativa" che alimenta la creazione nelle tradizionali organizzazioni criminali a struttura piramidale di piccole cellule paragonabili a quelle delle reti terroristiche internazionali, in grado di garantire maggiore impermeabilità all'azione di contrasto e, dunque, effettiva continuità ai traffici illegali e al relativo mercato: le multinazionali del crimine riflettono i mutamenti dei fattori geopolitici, mosse dall'intento di realizzare più agevolmente il massimo profitto che resta la ragion d'essere delle organizzazioni criminali, e a loro volta condizionano – direttamente o indirettamente – i processi generali nell'era della globalizzazione, anticipando persino "le tendenze del mondo che verrà"[34].

8. Verso l'affermazione di modelli gerarchici di contrasto alla criminalità organizzata.

Resta l'interrogativo di fondo: *quale* modello di contrasto alla criminalità organizzata è preferibile adottare?

È indubbio che l'itinerario prefigurato a livello europeo depone in favore di strumenti di contrasto sovranazionale "forti", che superino la logica della mera cooperazione e del coordinamento, potenzialmente in grado di entrare in competizione con le giurisdizioni nazionali, se non di "oscurarle". Da qui le prevedibili resistenze dei singoli Stati per le limitazioni alla sovranità nazionale che ne potrebbero derivare sotto il profilo dell'esercizio dell'azione e della

[33] P. Grasso, *Audizione innanzi alla Commissione europea su corruzione riciclaggio crimine organizzato*, Bruxelles, 19 giugno 2012, 1.
[34] P. Grasso, *Audizione*, cit., 1-2.

giurisdizione penale.

Ulteriore riprova di tale *trend* è ravvisabile nell'approvazione a novembre del 2004 da parte del Consiglio europeo di un documento della Presidenza nel quale si tracciano le linee d'intervento in materia penale, auspicando: *a*) un miglioramento nell'ambito della cooperazione giudiziaria mediante la riduzione degli ostacoli giuridici esistenti e il rafforzamento del coordinamento delle indagini; *b*) un potenziamento dell'efficacia dell'azione penale tramite la previsione della possibilità di concentrare l'azione medesima in un unico Stato nelle cause transfrontaliere multilaterali anche al fine di dare adeguato seguito alle indagini delle autorità di contrasto degli Stati membri e di *Europol*; *c*) il completamento dell'attuazione del principio di reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie prese in ogni fase dei procedimenti penali o ad essi pertinenti; *d*) l'elaborazione di norme equivalenti in materia di diritti processuali nei procedimenti penali instaurati nel territorio dell'Unione europea; *e*) la fissazione di norme minime comuni di diritto processuale volte ad agevolare il riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie e delle sentenze e la cooperazione di polizia e giudiziaria nella materia penale avente una dimensione transfrontaliera; *f*) il perfezionamento e l'ulteriore potenziamento dell'azione svolta da *Eurojust*, in collaborazione con *Europol* e in cooperazione con la Rete giudiziaria europea.

Nell'articolata proposta della Commissione europea del 17 luglio 2013 prima menzionata la Procura europea si presenta come un organismo a struttura decentrata ma gerarchica (art. 3), costituito dall'*European Public Prosecutor* – che dirige le attività d'indagine e organizza il lavoro dell'ufficio avvalendosi della collaborazione di quattro *Deputies* – e dai *Delegates* operanti nei singoli Stati con il compito di svolgere le indagini e di esercitare, se del caso, l'azione penale.

Ancora, il Procuratore europeo può sempre riassegnare il caso a un altro procuratore delegato o assumere in prima persona la conduzione delle indagini se ciò appare necessario nell'interesse dell'efficienza dell'indagine o dell'azione penale alla luce dei parametri individuati dall'art. 18 § 5 (gravità del reato, circostanze specifiche connesse allo *status* del presunto autore del reato, circostanze specifiche connesse alla dimensione transfrontaliera dell'indagine, indisponibilità delle autorità investigative nazionali, richiesta delle autorità competenti dello Stato membro in questione).

Quanto all'assetto dei *Delegates*, si è adottato il criterio del *double hat* ("doppio cappello"), di talché gli stessi – collocati nell'ambito delle Procure nazionali – svolgeranno al contempo funzioni investigative e d'accusa interne e sovranazionali, agendo in quest'ultimo caso per conto e sotto la direzione del Procuratore europeo. Tale opzione potrebbe in teoria comportare attriti e situazioni conflittuali tra i due uffici, inopportune rivalità, boicottaggi e spiacevoli ostruzionismi tra "colleghi", fino all'emarginazione dei procuratori delegati (anche sotto il profilo della loro progressione di carriera), con grave pregiudizio per l'efficienza investigativa (oltre che personale), ma è stata preferita in considerazione del fatto che manca – allo stato – una forza di polizia giudiziaria autonoma di ambito sovranazionale di cui l'*European Public Prosecutor* possa disporre[35].

I profili più innovativi della proposta risiedono senza dubbio nella possibilità di esercitare l'azione direttamente presso i giudici nazionali competenti degli Stati membri (art. 27), di disporre l'archiviazione *motu proprio* nei casi previsti dall'art. 28 (tra i quali spicca, per i suoi ampi margini di discrezionalità, la mancanza di prove pertinenti) e di attuare un compromesso (*transaction*) che evoca forme di giustizia negoziata mediante la proposta all'indagato da parte della Procura europea, previo risarcimento del danno, di una sanzione pecuniaria forfettaria il cui pagamento comporta la definitiva archiviazione del caso. Inutile dire che, sotto il primo profilo, si infrange il tabù della sovranità nazionale in materia di esercizio dell'azione penale e che, per gli altri aspetti, sorgono delicate questioni di compatibilità con gli ordinamenti dei Paesi come il nostro in cui vige – almeno formalmente – il principio di obbligatorietà (art. 112 Cost.), stante l'assenza di qualsivoglia controllo giurisdizionale sulle scelte operate dalla Procura europea.

Interessante, tuttavia, rilevare come l'attuazione di tale progetto farebbe cadere *d'emblée* tutte quelle riserve che hanno contraddistinto finora il dibattito sul ruolo e sui poteri della

[35] Cfr., in proposito, le considerazioni di A. Candi, *Struttura, compiti, indipendenza e responsabilità del pubblico ministero europeo nella proposta della Commissione europea del 17 luglio 2013*, in *Dir. pen. cont.*, 30 gennaio 2014, 4.

Procura nazionale antimafia, nel timore di un'indebita interferenza nell'azione delle singole Procure e di un'inopportuna alterazione degli equilibri consolidati in materia di autonomia dei singoli uffici dell'accusa.

Il limite maggiore dell'istituenda Procura europea, se mai, è da individuarsi nell'ambito oggettivo d'incidenza limitato ai reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione[36], stante la complessità della procedura prevista dall'art. 86 § 4 TFUE per l'eventuale ampliamento della sua sfera di operatività, fino a ricomprendere le più gravi forme di criminalità a dimensione transnazionale, che impone la deliberazione all'unanimità del Consiglio europeo (previa approvazione del Parlamento europeo e consultazione della Commissione) escludendo la più agevole ipotesi di cooperazione rafforzata richiamata invece dal § 1 del medesimo articolo.

9. Le persistenti criticità del modello nazionale di coordinamento investigativo.

La risposta offerta dallo schema italiano di "Superprocura" offre indubitabili vantaggi, ma reca con sé anche alcune indiscutibili rigidità.

Se è vero, infatti, che il modello "orizzontale" inaugurato nel 1992 consente di conservare in pieno l'indipendenza funzionale e l'autonomia operativa dei singoli uffici decentrati, ed in particolare delle Direzioni distrettuali, in linea con quella concezione della magistratura (anche inquirente) come espressione di un potere diffuso che contraddistingue il nostro ordinamento, è anche vero che – nonostante il salto "culturale" suscitato dalla predetta riforma nelle logiche investigative, generalmente ispirate oggi a mutualità e collaborazione nell'ottica della condivisione e della socializzazione del sapere giudiziario[37] – continuano a sussistere in alcune aree del Paese e in alcune Procure inaccettabili resistenze alle istanze di coordinamento su cui si regge l'impianto normativo delineato. Si pensi, ad esempio, agli inadeguati livelli di implementazione della Banca dati nazionale sotto il profilo quantitativo e qualitativo, con l'inserimento parziale degli atti investigativi circoscritto alle attività d'indagine più remote e con esclusione di quelle in corso, che si traduce inevitabilmente in un *vulnus* dei poteri della Direzione nazionale *ex* art. 117 comma 2-*bis* c.p.p. destinato a riverberarsi sull'efficienza delle Direzioni distrettuali specie nel caso di indagini collegate, stante la carenza di elementi cognitivi spesso essenziali ad una conoscenza approfondita e globale e ad una visione d'insieme di fenomeni criminali estremamente complessi[38].

Emblematica – e preoccupante – è a tal proposito la Risoluzione n. 22/IN/2011 del C.S.M., adottata il 25 luglio 2012, dalla quale emerge che secondo i più recenti rilievi statistici in ordine al numero e alla tipologia degli atti inseriti nel sistema SIDDA-SIDNA (Sistema informativo automatizzato delle Direzioni distrettuali antimafia e della Direzione nazionale antimafia) vi è una netta divaricazione tra l'operato di alcune Direzioni distrettuali perfettamente in linea con quanto disposto dal dettato normativo – che impone l'inserimento in tempo reale ed in forma integrale di tutti gli atti d'indagine da parte delle Procure distrettuali – ed altre, invece, che si segnalano per gravi carenze e ritardi nell'inserimento dei dati[39].

E questo nonostante lo spettro incombente dell'azione disciplinare, agitato dalla Corte di cassazione con riferimento al mancato rispetto del "dovere di cooperare con lealtà ed efficacia al reciproco scambio di atti ed informazioni circa le indagini svolte e le iniziative che [si] intendono adottare"[40].

Le scelte sull'istituenda Procura europea, pertanto, potrebbero fornire un *assist* decisivo per una riconsiderazione della disciplina interna in materia di organi deputati al contrasto alla cri-

[36] Da individuare mediante la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione in materia penale dell'11 luglio 2012 (COM(2012) 363 final), tesa a tracciare i c.d. "reati PIF".

[37] V., all'indomani della riforma, le considerazioni di A. Maritati, *Il coordinamento delle indagini nei procedimenti per delitti di criminalità organizzata. Il ruolo della D.N.A.*, in *I delitti di criminalità organizzata: profili criminologici, sostanziali e processuali*, Incontri di studio del C.S.M., 13-17 maggio 1996.

[38] F. Spiezia, *La Direzione nazionale antimafia e il coordinamento delle indagini di mafia dopo 20 anni: bilancio e prospettive*, in *Criminalia*, 2012, 459 s.

[39] V. ancora F. Spiezia, *La Direzione nazionale antimafia*, cit., 475 s., che ricorda i casi delle Direzioni distrettuali antimafia di Bari e di Caltanissetta come esempi "virtuosi".

[40] Cass. civ., Sez. un., 17 luglio 2003, n. 11190, in *C.E.D. Cass.*, n. 563189.

minalità organizzata nelle sue vari declinazioni. Una rivisitazione che riguardi, in particolare, le funzioni in chiave di mero coordinamento attribuite alla Direzione nazionale antimafia per la quale i tempi sembrano maturi: scelte più audaci in questo campo, non è superfluo ribadirlo, renderebbero più agevole l'espletamento dei compiti investigativi e di esercizio dell'azione penale in materia.

Inutile dire che tali futuribili assetti – a prescindere dalla loro tutt'altro che facile attuazione, in virtù dei complessi meccanismi procedurali previsti – impongono una riflessione preventiva nel nostro Paese, anche in ragione delle discutibili scelte operate dal legislatore in sede di recepimento di *Eurojust* nell'ordinamento interno. L'aver configurato il membro nazionale quale organo amministrativo[41], difatti, ha comportato inevitabilmente uno scollamento operativo – essendo nominato dal Ministero della giustizia, da cui riceve direttive, non può accedere in via diretta ad informazioni di carattere *lato sensu* giurisdizionale – che ne ha sminuito l'efficacia ponendolo come "interlocutore debole" dell'autorità giudiziaria interna[42]. Scollamento ancor più grave se si considera che, nell'ottica di un potenziamento del suo ruolo, già nel dicembre 2008 il Consiglio – in una Decisione tesa a rafforzare il ruolo di *Eurojust* – ha previsto l'attribuzione al membro nazionale di ulteriori poteri legati al suo *status* di competente autorità giudiziaria nazionale (2009/426/GAI). Dell'incredibile proliferazione nel nostro ordinamento di corrispondenti nazionali già si è detto.

10. Strumenti di contrasto alla criminalità organizzata e garanzie difensive.

Tutto ciò, naturalmente, senza dimenticare la speculare e altrettanto fondamentale necessità di garantire i diritti delle persone coinvolte in detti procedimenti, cui non può essere mai negato un "giusto processo" che veda il pieno dispiegarsi delle garanzie difensive.

A questo proposito va evidenziato che la normativa vigente ha consentito sostanzialmente di reggere all'impatto derivante dalla "potenza di fuoco" dell'apparato a disposizione degli uffici dell'accusa. È innegabile, difatti, che la consueta asimmetria tra accusa e difesa nella fase investigativa sia destinata tendenzialmente ad accentuarsi nei procedimenti riservati alle Direzioni distrettuali antimafia, tanto da suscitare comprensibili inquietudini sulla "tenuta" dei diritti della difesa e sulla loro eventuale menomazione.

È significativo, sotto questo profilo, che la summenzionata proposta di regolamento del 17 luglio 2013, nel contemplare le modalità di implementazione dell'*European Public Prosecutor Office*, si preoccupi di dare ampio spazio alle garanzie procedurali (artt. 32-35), nella consapevolezza della loro imprescindibilità alla luce delle movenze sovranazionali del "giusto processo" e, al contempo, del concreto pericolo che l'istituenda Procura europea possa produrre un *vulnus* consistente ai diritti della persona.

E così, con un'importante affermazione di principio, si prevede che le attività della Procura europea si svolgano "nel pieno rispetto dei diritti degli indagati sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in particolare il diritto a un giudice imparziale e i diritti della difesa" (art. 32 comma 1).

Nello specifico sono riconosciuti – quale pacchetto di "garanzie minime" – il diritto all'interpretazione e alla traduzione (esplicitato dalla direttiva 2010/64/UE), il diritto all'informazione e il diritto di accesso alla documentazione relativa all'indagine (contenuto nella direttiva 2012/13/UE), il diritto di accesso a un difensore e il diritto di comunicare e informare terzi in caso di detenzione (disciplinato dalla direttiva 2013/48/UE), il diritto al silenzio e il diritto alla presunzione d'innocenza, il diritto al patrocinio a spese dello Stato e il diritto di presentare prove e di chiedere la nomina di esperti e l'audizione di testimoni (art. 32 comma 2). Il *range* temporale entro il quale essi operano va dal momento in cui un soggetto è sospettato di aver commesso un reato a quello in cui l'autorità giurisdizionale nazionale competente ha preso atto dell'imputazione, che fa scattare l'efficacia esclusiva della normativa interna (art. 32 comma 3). In ogni caso, "l'indagato, l'imputato e le altre persone coinvolte nel procedimento della

[41] Scelta condivisa dal giudice delle leggi nella discutibile e controversa sentenza 15 aprile 2011, n. 136, in *Giur. cost.*, 2011, 1767 s., con nota critica di S. Bartole, *A proposito di una sentenza sulla nomina del componente nazionale di* Eurojust, *ivi*, 1783 s.

[42] Così F. De Leo, *Il coordinamento giudiziario in Italia e in Europa*, cit., 382.

Procura europea godono di tutti i diritti processuali previsti dal diritto nazionale applicabile" (art. 32 comma 5).

Ancora, la proposta di regolamento *de qua* distingue in tale ambito i contenuti dei diritti più significativi – diritto al silenzio e diritto alla presunzione d'innocenza (art. 33), diritto al patrocinio a spese dello Stato (art. 34), diritti (attivi e propulsivi) relativi alle prove (art. 35) – conformandoli in ogni caso al diritto nazionale, com'è noto non omogeneo nei singoli ordinamenti.

Naturalmente si tratta poi di capire se e come tali garanzie saranno concretamente attuate, stante l'assenza di un'accurata regolamentazione, essendo tutt'altro che infondate le perplessità di chi ritiene che, "di fronte ad un organo tanto potente, dotato di poteri investigativi continentali", sarebbe stata preferibile "una disciplina dei diritti difensivi dettagliata e comune a tutto il territorio di competenza della PE, almeno per la fase preliminare al giudizio", anche in considerazione delle oggettive difficoltà cui andrà incontro la difesa "chiamata a gestire un *patchwork* normativo" e a frammentare la sua azione rispetto all'operato dell'inquirente europeo, "organo normativamente mutante, Zelig per statuto", chiamato a raccogliere atti d'indagine secondo norme nazionali diversificate[43].

Quanto agli assetti attuali della nostra "Superprocura", fermo restando il suo operare in una cornice processuale caratterizzata molto spesso dalle regole del c.d. "doppio binario" che impongono, comunque, una flessione dei diritti e delle garanzie dell'indagato e – in proiezione dinamica – dell'imputato in sede di accertamento giurisdizionale (si pensi all'art. 190-*bis* c.p.p.), le maggiori riserve – alla luce dell'esperienza ventennale – vengono da quell'attività preinvestigativa, situata spesso in una nebulosa zona di confine, che il Procuratore nazionale antimafia può compiere al di fuori di un appropriato reticolato garantista.

Il riferimento è all'acquisizione e all'elaborazione di dati, notizie e informazioni concernenti la criminalità organizzata, svolta direttamente dalla Direzione nazionale antimafia o per il tramite della Direzione investigativa antimafia e dei servizi centrali di polizia, tesa ad ottenere una più approfondita ed organica conoscenza di tali fenomeni criminali anche prescindendo da specifiche e già avviate indagini preliminari, "ai fini del coordinamento investigativo e della repressione dei reati" (art. 371-*bis* comma 3 lett. *c*) c.p.p.). Un'attività che può costituire il fondamento di successivi atti di impulso rivolti alle Procure distrettuali e che, com'è stato correttamente osservato, "deve contemperare esigenze e valori diversi, riguardanti, da un lato l'indipendenza dei pubblici ministeri e l'efficacia del risultato investigativo, dall'altro profili di tutela individuale dei soggetti coinvolti"[44].

Evidente la delicatezza della tematica, per il pericolo che l'attività *de qua* sfoci in indagini parallele tali da insidiare le "competenze" degli uffici territoriali e, soprattutto, che vengano eluse le garanzie difensive degli interessati, in relazione alla determinazione del *dies a quo* delle indagini preliminari o al compimento di atti per i quali la normativa processualpenalistica prevede la presenza o l'assistenza del difensore a pena di inutilizzabilità: decisiva e dirimente, a tal proposito, diviene la qualificazione del singolo atto come procedimentale o extra-procedimentale.

Si tratta, in definitiva, di possibili prassi devianti che minano il corredo di garanzie individuali poste dal codice di rito a tutela della persona sottoposta alle indagini preliminari, come tali censurabili, e che pur essendo fonte eventualmente di responsabilità disciplinare non trovano un'adeguata copertura a livello procedimentale, stante l'assenza di meccanismi di controllo in ordine al potere-dovere del pubblico ministero di iscrivere prontamente la *notitia criminis* nel relativo registro (art. 335 comma 1 c.p.p.).

Di questo e degli altri profili problematici prospettati *de iure condendo* rispetto alla Procura

[43] Così S. Allegrezza, *Verso una Procura europea per tutelare gli interessi finanziari dell'Unione*, in *Dir. pen. cont.*, 31 ottobre 2013, 7-8.
Va altresì ricordato che, ai sensi dell'art. 30 della proposta di regolamento, le prove raccolte e presentate dalla Procura europea all'organo giurisdizionale di merito saranno da questo ammesse – qualora non pregiudichino l'imparzialità del giudice o i diritti della difesa *ex* artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – anche quando il diritto interno dello Stato membro in cui ha sede l'organo giudicante "prevede norme diverse per la raccolta e la presentazione delle prove" (comma 1), ferma restando "la competenza degli organi giurisdizionali a valutarle liberamente" (comma 2).

[44] F. Spiezia, *La Direzione nazionale antimafia*, cit., 491 s., che si sofferma, in particolare, sulla facoltà del Procuratore nazionale antimafia di svolgere colloqui investigativi *ex* art. 18-*bis* o.p., "atto che si pone al confine tra il momento puramente informativo e quello giudiziario, con cui si tende ad ottenere elementi utili in vista del successivo sviluppo investigativo", di per sé processualmente inutilizzabile, ma che per la sua delicatezza andrebbe svolto sempre "con modalità che ne assicurino la massima trasparenza operativa, in primo luogo la registrazione di ogni attività compiuta".

europea non si potrà non tener conto nella futura regolamentazione degli istituti nazionali di contrasto alla criminalità organizzata, perché l'azione repressiva di pur gravissimi fatti criminali non può comportare, in nome dell'efficienza, un arretramento dei diritti e delle garanzie individuali così faticosamente conquistati nel nostro ordinamento.

SUL PRETESO CARATTERE PERMANENTE DEL 'CONCORSO ESTERNO'

Vincenzo Maiello

Abstract

Il contributo analizza criticamente la qualificazione del 'concorso esterno' in associazione mafiosa come reato (eventualmente) permanente, nei casi in cui l'attività esecutiva dell'accordo tra l'*extraneus* ed il sodalizio intervenga a distanza di tempo da esso. L'A., dopo avere ripercorso le pronunce di legittimità che propongono siffatta ricostruzione – soffermandosi in particolare sulle argomentazioni spese nella più recente, la nota sentenza *Dell'Utri* – evidenzia come la stessa appaia incompatibile con il *paradigma tipologico* scolpito dalle Sezioni unite nella *Mannino*, che è propriamente 'altro' rispetto agli esiti dell'operazione di 'innesto' della clausola di cui all'art. 110 c.p. sul tronco di tipicità del reato associativo. Si propone, dunque, una soluzione interpretativa che, fondandosi sulla distinzione tra accordi 'causali' e 'non causali', preservi il carattere istantaneo e causalmente orientato del 'concorso esterno', ricorrendo alternativamente agli istituti dell'antefatto e del postfatto non punibili ovvero della continuazione criminosa. Infine, analizzando una Autorevole posizione della dottrina, che, sulla base di argomenti diversi da quelli usati dalla giurisprudenza, pure ricostruisce in chiave di permanenza il 'concorso esterno', si ribadisce come la 'messa a disposizione' del clan costituisca elemento probante la partecipazione associativa e non argomento spendibile per argomentare il carattere permanente del reato.

Sommario 1. La natura giuridica del concorso esterno ed i profili di garanzia del relativo 'tipo criminoso'. – 2. Le sentenze n. 542/2007 della sesta sezione e n. 4123/2009 della quinta sezione. – 3. La sentenza Dell'Utri. – 4. La permanenza del concorso esterno in una recente posizione dottrinaria.

1. La natura giuridica del concorso esterno ed i profili di garanzia del relativo 'tipo criminoso'.

L'aspetto di maggiore novità che esibisce la più recente giurisprudenza di legittimità in tema di concorso esterno riguarda, senza dubbio, l'affermazione della natura permanente della fattispecie.

Si esprimono in tal senso tre pronunce, che seguono percorsi argomentativi non del tutto sovrapponibili.

Le prime due[1] enunciano il principio con il linguaggio assertivo caratteristico dell'universo concettuale a-problematico, del tipo segnato da coordinate di senso lineari ed oramai sedimentate e largamente ricevute.

La terza[2] – a cui si deve l'apertura di interesse per l'argomento, ascrivibile alla notorietà della vicenda trattata ma anche ai profili di clamore polemico e di interesse culturale suscitati dalla requisitoria pronunciata dal P.G. del giudizio di cassazione[3] – affronta il tema con moduli discorsivi intercalati da momenti di *distinguishing*, che portano la Corte ad edificare la dimensione temporale/consumativa del concorso esterno in collegamento con il controverso schema del reato 'eventualmente permanente'.

Su di un piano generale, osservo che la questione ha appassionato poco la 'dottrina del concorso esterno'[4]. Anche in epoca successiva agli accennati arresti, essa vi ha dedicato riflessioni 'a margine'[5], influenzata, con ogni probabilità, dalla ritenuta scarsa attitudine del tema a misurare la tenuta pratico/applicativa del modello di fattispecie disegnato dalla nomofilachia delle Sezioni Unite; segnatamente dall'arresto *Mannino*[6], *leading and hard case*, che ne ha compendiato gli estremi in rapporto ad un caso tipologico di accentuata problematicità[7].

Sono, invece, persuaso che il tema meriti di essere approfondito soprattutto per ragioni che trascendono la tradizionale e caratteristica portata dei suoi effetti[8].

Ritengo infatti che la tesi della natura permanente del concorso esterno, ove dovesse consolidarsi nelle forme del diritto vivente, rischierebbe di dare copertura ad insidiose pratiche di aggiramento – e di conseguente surrettizio indebolimento – delle ragioni e dei limiti strutturali del paradigma di concorso in associazione finemente elaborato dalla *Mannino*.

Come ho altrove puntualizzato[9], i profili virtuosi di questo statuto rinviano all'equilibrio ed alla ragionevolezza delle operazioni di bilanciamento tra funzioni di *Magna Carta* ed istanze di efficienza repressiva, ivi compiute per dare identità ad un istituto sfornito di cittadinanza nel catalogo delle incriminazioni legali.

In attesa, pertanto, che il legislatore 'sani' il vizio di origine della fattispecie, attirandola nel campo delle figure criminose espressive per intero delle prerogative parlamentari, sono dell'opinione che la 'narrazione' del concorso esterno declinata dalle Sezioni Unite rappresenti un patrimonio che il *law enforcement* abbia il compito di salvaguardare, ribadendone la 'vocazione'

[1] *Cass. pen.*, *Sez. VI*, 10.05.2007, n. 542, Contrada, in *Mass. Uff.*, n. 238242; *Cass. pen.*, *Sez. V*, 11.12.2009, n. 4123, B.A. e altro, *ivi*, n. 246101.

[2] *Cass. pen.*, *Sez. V*, 09.03.2012, n. 15727, Dell'Utri. Per una ampia scheda riepilogativa, cfr. A. Bell, *La sentenza della Cassazione sul caso Dell'Utri: una prima guida alla lettura*, in *Dir. pen. cont.*, 7 maggio 2012; Id., *Qualche breve nota critica sulla sentenza Dell'Utri*, *ivi*, 15 giugno 2012.

[3] Oltre a proiettarsi nella sfera della discussione politico-mediatica, la requisitoria del dr. Iacoviello ha alimentato – nel circuito giuspenalistico – un ampio ed articolato dibattito, aperto sulle pagine di *Diritto Penale Contemporaneo*, ed attualmente racchiuso nella sezione *"Presente e futuro del concorso esterno"* pubblicata in questa *Rivista*, 2012, 1, 247 ss.

[4] Ricchissima di contributi; tra le monografie, fondamentali quelle di Cavaliere, *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi delle associazioni per delinquere e di tipo mafioso*, Napoli, 2003 e di Visconti, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003. Un quadro articolato delle questioni maggiormente dibattute è contenuto in *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, a cura di Fiandaca-Visconti, Torino, 2010, 123 ss.. Per un riepilogo delle posizioni in materia, cfr., da ultimo, Argirò, *Le fattispecie tipiche di partecipazione. Fondamento e limite della responsabilità concorsuale*, Napoli, 2012, p. 303 ss.

[5] Fiandaca, *Il concorso esterno: un istituto (ancora) senza pace*, in *Leg. pen.*, 2012, 695 ss.; Fiandaca-Visconti, *Il concorso esterno come persistente istituto "polemogeno"*, in *Arch. pen.*, 2012, fascicolo II, 487 ss.; G.A. De Francesco, *Il concorso esterno nell'associazione mafiosa torna alla ribalta del sindacato di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2012, 2552 ss.

[6] *Cass. pen.*, *SS.UU.*, 12.07.2005, in *Mass. Uff.*, n. 231671.

[7] Fiandaca-Visconti, *Il patto di scambio politico-mafioso al vaglio delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2006, c. 86 ss.; Insolera, *Ancora sul problema del concorso esterno nei delitti associativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 632.

[8] Che è quella collegata al "tempo del commesso reato"; sul punto, cfr. Marinucci-Dolcini, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2009, 100.

[9] Maiello, *Concorso esterno in associazione mafiosa: la parola passi alla legge*, in *Cass. pen.*, 2009, 601.
Id., *Luci ed ombre nella cultura giudiziaria del concorso esterno*, in *Dir.pen. cont. –Riv. trim.*, 2012, 1, 265 ss.

di razionalità ed i vincoli conformativi in rapporto alla sfaccettata gamma di regiudicande che vengono scrutinate dalle nostre Corti.

Ciò che va, allora, scongiurato è il diffondersi di pratiche interpretative, e di costruzioni dommatiche, che espongano al rischio di sgretolamento la funzione di 'tipo criminoso' svolta dal quel modello di 'sostegno associativo', a beneficio di una visione che ne 'dinamizzi' la configurabilità asservendola alle pretese epistemico-repressive dei compendi probatori disponibili[10]. A trarre alimento, difatti, sarebbe quella situazione di patologica supremazia del 'fatto' (e del suo 'governo' processuale) sul 'diritto'[11], che proprio nella materia del concorso esterno la giurisprudenza si è lodevolmente impegnata a prevenire, costruendo un paradigma di fattispecie dall'accentuato orientamento selettivo e garantistico. Il quale – sarà non inutile rammentarlo – si racchiude: a) nella descrizione di un 'fatto' che, per un verso, ripudia figure sintomatiche di *contiguità compiacente*[12] e che, per l'altro, è calibrata sul polo di un marcato disvalore di evento, oltre che sulle basi di una solida imputazione soggettiva; b) nella sottolineatura delle differenze morfologiche nei confronti della figura della partecipazione associativa e di quelle satelliti del favoreggiamento aggravato (art. 378, secondo comma, c.p.) e del concorso nel reato circostanziato *ex* art. 7, l. n. 203/91.

Riconoscere questi dati, e custodirne la funzione 'normativa' nella pratica del diritto, equivale ad impedire, da un canto, slittamenti 'soggettivistici' della fattispecie coerenti con logiche punitive ispirate a *disvalori di autore*, ovvero orientate verso *disvalori di sola azione*. Dall'altro, l'arretramento di ragionevoli soglie di certezza e di prevedibilità delle decisioni giudiziarie, scongiurando in tal modo sia la violazione del principio di uguaglianza, sia la lesione degli ambiti di fisiologica distinzione dei poteri dello Stato, connessa alla platea di (buona parte dei) destinatari delle imputazioni di concorso in associazione di stampo mafioso[13].

Con questo spirito, ed in questa ottica, esaminerò la questione del *tempus commissi* del concorso esterno, per come essa si trova riflessa negli arresti che hanno sancito la natura permanente della fattispecie.

2. Le sentenze n. 542/2007 della sesta sezione e n. 4123/2009 della quinta sezione.

Le prime due sentenze che – interrompendo una consolidata 'prassi'[14] (preferisco etichettare il *trend* con questo lemma, anziché col termine 'giurisprudenza', per la mancanza di pronunce che ne hanno discusso il fondamento con argomenti impegnati a scioglierne i nodi teorici) – hanno stabilito la natura permanente del concorso esterno, ne hanno affidato la *ratio decidendi* alla seguente affermazione: "*il reato di concorso esterno in associazione per delinquere oppure in quella specificamente mafiosa si atteggia, al pari della partecipazione, di regola, come reato permanente*".

Appare evidente come il carattere puramente apodittico dell'enunciato trovi spiegazione logica nell'assunto che il concorso esterno configuri una ordinaria vicenda di concorso criminoso, segnatamente di partecipazione ad un reato plurisoggettivo permanente. Se così davvero fosse, non sorprenderebbe affatto l'equazione tra reato base e connessa manifestazione concorsuale, agli effetti della loro natura permanente.

Sennonché, le cose non stanno in questi termini. A ben vedere, il concorso esterno – quella peculiare figura di sostegno alle associazioni criminali che 'pulsa' nelle arterie del nostro diritto vivente – è propriamente 'altro' rispetto agli esiti di una comune operazione di 'innesto' della clausola di cui all'art. 110 c.p. sul tronco di tipicità di un reato (collettivo) di natura permanen-

[10] Fiandaca-Visconti, *Il concorso esterno come persistente istituto "polemogeno"*, cit.; sulla giurisprudenza successiva alla *Mannino* che flessibilizza i termini della punibilità adattandola alla 'prova acquisita', sia consentito il rinvio a Maiello, *opp. ultt. citt.*

[11] Di recente, nell'ambito di una vasta letteratura, Giunta, *Dal governo della legge al governo degli uomini? A proposito delle influenze reciproche fra diritto e processo*, in *Studi senesi*, 2013, 23 ss.

[12] Per un quadro d'insieme della problematica, obbligato il rinvio a Visconti, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, cit.

[13] L'aspetto è sottolineato da Fiandaca, nella prefazione a Maiello, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, Torino, 2014.

[14] Utile il riferimento a *Cass. pen.*, *Sez. VI*, 13.6.2007, Apreda ed altri, in cui i Supremi Giudici annullano, con questa pronuncia per prescrizione, la sentenza di condanna per concorso esterno a carico di taluni imputati, sul presupposto del carattere episodico della fattispecie.

te, quali senza dubbio sono le ipotesi criminose di matrice associativa.

Se fosse inquadrabile in questo ambito di fisiologico dispiegamento del congegno estensivo della figura di parte speciale, la tesi della natura permanente del concorso esterno risulterebbe ineccepibile: di quest'ultimo, infatti, essa finirebbe per sottolineare il carattere di mera 'propaggine' del reato associativo, ribadendo che la manifestazione concorsuale viene, d'ordinario, 'contaminata' dai caratteri costitutivi (dell'impianto di 'tipicità') della fattispecie a cui accede, seguendone la 'vita' giuridica. Collocato in quest'ottica, il fenomeno 'concorsuale esterno' respirerebbe la medesima natura permanente dell'associazione criminosa (*scilicet*, della partecipazione ad essa), con la conseguenza che sarebbe corretto l'assunto secondo cui "*il reato di concorso esterno in associazione per delinquere oppure in quella specificamente mafiosa si atteggia, al pari della partecipazione, di regola, come reato permanente*".

Come dicevo, però, tale equazione non trova riscontro nella 'realtà normativa' del concorso esterno, 'verbalizzata' dalla sua genesi e dalla fisionomia che lo identifica: entrambe convergenti nell'attestarne il carattere di vicenda allestita sul palcoscenico della formazione giurisprudenziale[15]. Qui, invero, la nomofilachia ha sensibilmente inciso sui rapporti tra i dati di 'eteronomia' del diritto preesistente alla decisione ed il contenuto del messaggio interpretativo, facendo sì che i giudici di legittimità divenissero – da fruitori ed applicatori delle regole che fondano la costruzione della fattispecie plurisoggettiva eventuale – plasmatori di un *Golem*, artefici, cioè, di una realtà assai poco riportabile nei calchi della variante concorsuale di una figura criminosa di parte speciale. Ciò, perché essi hanno utilizzato la clausola di estensione dell'art. 110 c.p. e la correlata sua funzione incriminatrice per modellare – sulla base di autonomi giudizi politico-criminali di *meritevolezza ed adeguatezza criminosa* – un'area di punibilità che, sin dalla sentenza *Demitry*, ha esibito un proprio statuto di tipicità fondato su elementi di antagonismo rispetto alla fattispecie della partecipazione[16]. Ne sono, così, derivate due distinte *narrazioni criminologiche*, evocative di due antitetiche 'storie di vita' una delle quali – quella della partecipazione – è ambientata nel contesto organizzativo del sodalizio criminale, di cui condivide strategie, modalità di attuazione del programma e durata esistenziale; l'altra – quella del concorso esterno – è tenuta deliberatamente fuori dall'associazione, per evitare di far coincidere il vissuto di questa con il suo.

Le sentenze n. 542/2007 della sesta sezione n. 4123/09 della quinta sezione, quindi, allorché equiparano il 'tempo' di consumazione della partecipazione e del concorso esterno, muovono da un dato – la medesimezza normativa di entrambe le figure – che non trova riscontro nell'origine e negli esiti delle dinamiche di formazione della fattispecie di concorso esterno.

Quelle sentenze non considerano la predominanza del ruolo qui esercitato dal 'formante giurisprudenziale' e, dunque, l'inappropriata assimilazione del concorso associativo agli schemi dommatici ed ai congegni di funzionamento di una ordinaria vicenda di concorso in reato permanente. Del resto, i segni impressi dal 'formante giurisprudenziale' sono a dir poco 'accecanti': la scelta del secondo termine della relazione causale del 'fatto' di concorso; l'utilizzo di una rigorosa causalità condizionalistica; la punibilità a titolo di dolo diretto, la sottoposizione al regime sanzionatorio della sola partecipazione.

La declinazione della tipicità del concorso esterno secondo logiche di *meritevolezza* selezionate dalla giurisprudenza rende, allora, improponibile la riferibilità ad esso di tutti i principi in tema di concorso criminoso[17], così come della interezza del relativo statuto di regolazione e di agibilità dommatica.

La verifica della natura permanente del concorso esterno non può quindi collegarsi – quale deduzione logicamente obbligata – alla sua equiparazione alla partecipazione.

Resta, pertanto, da appurare se la predetta tesi possa essere sostenuta avendo riguardo ai caratteri di autonomia strutturale del concorso esterno.

A questo riguardo, la dottrina contemporanea individua nel 'tipo legale' - e nella correlazione di questo al bene - il tratto caratterizzante il reato permanente, sicché la condotta

[15] Fiandaca, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 353 ss., spec. 357 ss.; Padovani, *Note sul c.d. concorso esterno*, in *Arch. pen.*, 2012, 2, 1 ss.

[16] Adami, *Il concorso eventuale nei reati plurisoggettivi e, in particolare, nei delitti associativi*, in *Cass. pen.*, 1997, 2297.

[17] L'impiego dello schema di accertamento *ex post* del fatto di concorso esterno, rilevante se – e solo se – abbia 'cagionato' un risultato di rafforzamento dell'organizzazione associativa mette, a mio avviso, fuori gioco l'applicabilità dell'attenuante della minima importanza, ma non il principio della non punibilità del 'tentativo di partecipazione' *ex* art. 115 c.p., come ha statuito *Mannino*.

dell'agente va apprezzata sul piano normativo e non su quello empirico[18].

Agli effetti del giudizio di permanenza, non rileva il fatto storico, ma il tipo legale ed il rapporto con il bene nell'ottica della descrizione che ne fa la norma: in caso contrario, viene fatto osservare[19], anche il furto e l'appropriazione indebita potrebbero essere considerati reati permanenti.

Come ha rilevato Marcello Gallo, "per stabilire la natura istantanea o permanente di una certa ipotesi delittuosa, non resta che rifarsi al dato primario di ogni esperienza giuridica: la norma che comanda o vieta determinati comportamenti"[20].

Su queste basi, netta è la differenza con il reato istantaneo: in esso l'offesa si esaurisce nel momento stesso in cui si realizza; nel caso del reato permanente, figura antitetica rispetto alla prima, l'offesa non si consuma invece nel momento in cui si attua, ma dura nel tempo fino a quando di protrae la condotta che la determina. In altri termini, nel reato permanente il legislatore incrimina una condotta che perdura oltre il momento del perfezionamento della fattispecie; in buona sostanza, mentre nel reato permanente, il 'tempo' si insinua nelle linee della tipicità, modellando il fatto e la sua dimensione offensiva, nel reato istantaneo esso ne resta fuori.

Applicando questa criteriologia al concorso esterno (in associazione semplice[21] ovvero di stampo mafioso), deve prendersi atto che – al fine di stabilirne la natura istantanea o permanente ed avuto riguardo alla matrice pretoria della fattispecie – va preso in esame il suo 'tipo criminoso', nelle scansioni in cui emerge dalla sentenza *Mannino*, la quale fissa la struttura normativa della fattispecie con riflessi fondamentali in punto di consumazione della medesima.

La necessità di assumere la *Mannino* a riferimento del 'tipo generale' di concorso esterno si fonda sulla circostanza che essa rappresenta il punto di approdo dell'evoluzione giurisprudenziale sul tema. Ancorché, infatti, investita della questione della configurabilità della fattispecie in relazione ad uno specifico, ed assai problematico, 'caso tipologico' – quello del patto di scambio politico-mafioso –, *Mannino* ridetermina il protocollo di tipicità del concorso esterno, spazzando via le ambigue, incerte ed assai discutibili ricostruzioni del 'tipo' compiute dall'approssimativo discorso svolto da *Carnevale*[22], laddove aveva dato ingresso, da un lato, ad una accezione psicologica dell'evento di rafforzamento dell'associazione; dall'altro, a due statuti della causalità del fatto di concorso operanti, rispettivamente, in rapporto all'aggiustamento di un solo processo ovvero di più processi.

Orbene, l'analisi del tipo normativo della *Mannino* restituisce la istituzionalizzazione di un reato causale di evento, indiscutibilmente istantaneo[23].

Afferma la sentenza che, in relazione al caso tipologico esaminato, la fattispecie potrà configurarsi anche in presenza della mera promessa e dell'impegno del politico, sempre che "all'esito della verifica probatoria *ex post* della loro efficacia causale e non già mediante una mera valutazione prognostica *ex ante* (…), si possa sostenere che, di per sé, abbiano inciso *immediatamente ed effettivamente* sulle capacità operative dell'organizzazione criminale".

Riesce arduo contestare che questa descrizione 'normativa' definisca un reato istantaneo.

Essa contempla, infatti, un illecito che si esaurisce nel momento in cui si implementano i

[18] Coppi, *Reato permanente*, in *Dig. disc. pen.* , XI, Torino, 1996, 318 ss.

[19] Coppi, *op. loc. ult. cit.*

[20] M. Gallo, *Reato permanente ed omesso conferimento di grano all'ammasso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1948, 333; sulla medesima scia, Rampioni, *Contributo alla teoria del reato permanente*, Padova, 1988, 3 ss.

[21] La configurabilità del concorso esterno nell'associazione per delinquere comune è pacifica in giurisprudenza, cfr., al riguardo, *Cass. pen.*, *Sez. III*, 9.7.2008, n. 38430; *Cass. pen.*, *Sez. I*, 22.4.2009, n. 19335. Sul piano strettamente normativo, non potrebbe essere diversamente, dal momento che la disposizione dalla quale la sentenza *Demitry* trasse l'argomento decisivo per sancire la configurabilità del concorso nel reato associativo, vale a dire l'art. 418 c.p., nasce come disposizione 'satellite' dell'art. 416 c.p.

[22] In argomento, cfr. De Vero, *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra incessante travaglio giurisprudenziale e perdurante afasia legislativa*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 1325 ss., nonché, volendo, Maiello, *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra crisi del principio di legalità e diritto penale del fatto*, in Patalano (a cura di), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Torino, 2003, 269 ss.

[23] Critico verso l'attribuzione del carattere permanente al concorso esterno è anche Fiandaca, *Il concorso esterno: un istituto (ancora) senza pace*, cit., *passim*, per il quale è da revocarsi quantomeno in dubbio la possibilità che il concorrente *extraneus* in un reato necessariamente plurisoggettivo (qual è l'associazione per delinquere semplice o mafiosa) determini, con il proprio singolo recesso, la cessazione dello stato antigiuridico complessivamente creato dal reato associativo, il quale permarrebbe comunque in vita grazie all'attività dei partecipi interni. L'insigne Autore osserva come sia verosimile che la Cassazione sia stata indotta a richiamare (seppure in maniera generica e sintetica) la categoria della permanenza al fine di scongiurare il rischio di prescrizioni che avrebbero vanificato il faticoso operato dei magistrati, pervenendo così, sulla scorta del carattere in concreto non episodico dell'apporto fornito a Cosa Nostra dall'opera di mediazione di Dell'Utri, ad una assimilazione tra la condotta del soggetto *extraneus* e quella dei partecipi interni al sodalizio.

suoi elementi costitutivi, non prevedendo che la condotta si protragga nel tempo.

3. La sentenza Dell'Utri.

Sulla scorta di questo *imprinting*, può essere impostata la critica ai termini nei quali la tesi della natura permanente del concorso esterno viene articolata nella sentenza *Dell'Utri*.

Qui, i supremi giudici prendono a prestito dalla giurisprudenza in tema di corruzione il modello del 'reato a consumazione alternativa', che prospetta un duplice momento consumativo legato, rispettivamente, alla conclusione dell'accordo corruttivo ovvero all'esecuzione dei patti con esso stipulati.

Utilizzando tale schema ai fini della *quaestio* esaminata, *Dell'Utri* fa discendere la conseguenza che, in ipotesi di adempimento da parte dell'*extraneus* degli impegni cristallizzati nell'accordo con la consorteria, il momento consumativo del concorso esterno avanzerebbe fino a coincidere con l'ultimo atto della prestazione promessa.

A mio avviso, l'inaccettabilità della tesi sta nel fatto che la sua sequenza argomentativa è avulsa dalla cornice di tipicità disegnata da *Mannino*.

Se, invece, *Dell'Utri* si fosse orientata in questa ottica, avrebbe dovuto, con indagine assorbente, discernere innanzitutto tra accordi 'causali' e accordi 'non causali': gli uni costitutivi il profilo dell'offesa che integra la fattispecie e, completandola, ne segna la consumazione; gli altri, privi di tale rilevanza, aventi funzione di mero antecedente storico/funzionale dell'esecuzione dei patti nei medesimi contenuti, nelle ipotesi, naturalmente, in cui quest'ultima avvenga e produca esiti di rafforzamento della capacità organizzativa del sodalizio.

Per quanto detto in precedenza, osservo che – in rapporto agli *accordi causali* – l'eventuale loro sviluppo nelle condotte esecutive degli impegni con essi assunti non può incidere sul profilo della consumazione, posto che il 'tipo criminoso di fonte giurisprudenziale' arresta alla causazione del rafforzamento organizzativo della *societas sceleris*, derivata dall'accordo, il perfezionamento giuridico della fattispecie (*scilicet*, la venuta ad esistenza del reato nel mondo del diritto penale).

Di conseguenza, i fatti 'esecutivi' di accordi causali – lungi dallo spostare in avanti l'orologio del termine di consumazione criminosa – vanno ricondotti alla categoria del *post factum* non punibile, in quanto momenti che – pur potendo costituire un consolidamento o una progressione dell'offesa – si collocano all'esterno del relativo ambito di rilevanza normativa.

Tale posizione esige, tuttavia, qualche precisazione che valga a delimitarne l'operatività.

Ritengo, in effetti, che l'irrilevanza (penalistica) dei comportamenti dell'*extraneus* successivi all'accordo 'causale' concerna solo gli adempimenti del 'genere' di impegni assunti in sede di *pactum sceleris* e non, invece, le prestazioni che presentino caratteri di eterogeneità rispetto ad essi. In altri termini, ferma restando l'appartenenza di entrambe le condotte all'area dei fatti commessi 'a vantaggio' dell'associazione – o, se si preferisce, in suo 'favore' –, va escluso il carattere di *post factum* delle condotte che incidono su profili organizzativi diversi da quelli che erano stati 'potenziati' a seguito della stipula dell'accordo.

Si tratta di una evenienza che presuppone due fattori: relativi, l'uno, al tipo di organizzazione associativa; l'altro all'oggetto dell'accordo.

Quanto al primo, è evidente che la scissione tra la direzione causale della prestazione eseguita e quella della prestazione promessa ha senso solo in rapporto a sodalizi di ampie dimensioni, strutturati secondo aree di competenza operativa a cui corrispondano comparti organizzativi distinti che registrano un punto di congiunzione ai livelli apicali dell'organismo di vertice.

Riguardo al secondo, deve trattarsi di accordi dall'oggetto specifico, destinati, cioè, a soddisfare interessi limitati, propri di singoli comparti.

Si pensi al caso del faccendiere che aveva promesso una intermediazione per l'acquisto di una grossa partita di stupefacenti – determinando un potenziamento organizzativo della 'frangia' dell'associazione dedita al narcotraffico –, ma che 'converte' l'impegno preso nell'influenza esercitata per far ottenere ad una impresa controllata dal sodalizio un ricco appalto. Qui, l'intervento svolto – che potremmo definire 'soggettivamente' esecutivo, nel senso che scaturisce dal vincolo di impegno assunto dall'*extraneus* – produce un incremento delle risorse operativo/organizzative del *clan* oggettivamente non coincidente con quello prodotto dall'accordo.

E tuttavia, pure in tale ipotesi, la condotta *post negotium* – anziché rendere'permanente' il concorso esterno concretizzatosi con l'accordo – darà luogo ad un autonomo, diverso ed ulteriore 'fatto' di concorso esterno.

Si può, allora, riassuntivamente affermare che il rapporto tra 'accordi causali' fondativi la figura tipica del concorso esterno e condotte esecutive può originare differenti epiloghi in ragione del legame di omogeneità o di eterogeneità ravvisabile tra oggetto dell'accordo e prestazione eseguita. Nell'un caso, le condotte realizzate *dall'extraneus* si pongono al di fuori della dimensione di rilevanza del 'tipo criminoso', giustificando la loro confluenza all'interno del paradigma del *post factum* non punibile e potendo, al più, essere utilizzati quali indici probatori dell'accordo; nella seconda ipotesi, esse – lungi dal trasformare il concorso esterno di natura 'negoziale' in reato permanente – potranno configurare un nuovo fatto di concorso esterno.

Rispetto alla realizzazione delle condotte esecutive di *accordi non causali*, il ricorso alla categoria del reato permanente rappresenta una contraddizione in termini.

In questo genere di vicende, infatti, la fase che precede l'adempimento dei patti, quella, cioè, propriamente negoziale, è attività prodromica del fatto costituente reato, confluente nell'area dell'*antefatto* non punibile. Quella, invece, coperta dalle attività effettuate a vantaggio della consorteria assume rilevanza penale con la produzione dell'evento di rafforzamento delle capacità organizzative di quest'ultima. Ciò che di problematico tale fase potrà eventualmente porre, nel caso di prestazioni plurime, è la questione della unicità o pluralità del reato, risolvibile, secondo insegnamenti ampiamente ricevuti, alla stregua dei caratteri della contestualità e della medesimezza del fine[24].

A ben vedere, (il problema del)l'individuazione del momento consumativo del reato, in relazione alle condotte esecutive di accordi non causali si lega a quello della causazione 'immediata ed effettiva' (per usare i vincoli linguistici della *Mannino*) del rafforzamento delle capacità organizzative dell'associazione, non già – come inclina la prassi – alla mera verifica del tempo in cui è stato compiuto l'ultimo atto della prestazione concordata.

In questa piega della ricostruzione del concorso esterno quale illecito (eventualmente) permanente si annida, a mio avviso, il rischio di superamento del modello di concorso esterno quale reato di evento, che la *Mannino* ha in tale guisa forgiato senza fraintendimenti di sorta.

Si tratta di un rischio che – soprattutto in vicende, del genere di quella oggetto di *Dell'Utri*, ove abbonda la prova di fatti realizzati in favore del sodalizio (ad esempio plurime dazioni di denaro elargite in un considerevole arco temporale) – consiste nella sottovalutazione probatoria del risultato di rafforzamento delle capacità organizzative dell'associazione e nel correlato assorbimento della fattispecie nel cono d'ombra del 'reato di mero comportamento'.

Mannino, del resto, aveva avvertito che il riscontro probatorio della verifica causale avrebbe potuto incontrare difficoltà, ma aveva con fermezza ammonito che questa evenienza non avrebbe giustificato l'impiego di nozioni flessibilizzate di causalità, né, in generale, un affievolimento delle soglie di rigore nell'accertamento.

Ebbene, la patente di permanenza rilasciata al concorso esterno può risolversi in un *passe partout* per oscuramenti processuali del disvalore di evento, il cui successo ha bisogno dell'adempimento di puntuali oneri probatori che – secondo le pretese epistemiche di *Mannino* – vanno affidati ad una duplice sequenza.

Il giudice del concorso esterno, in prima battuta,ha il compito di controllare se il 'fatto' dell'estraneo abbia cagionato una rimodulazione dell'assetto organizzativo del sodalizio;successivamente, deve verificare se questo risultato fisico/naturalistico sia valutabile, alla stregua di un sapere di collaudato fondamento, in termini di potenziamento dell'organizzazione associativa.

Ora, tutte le volte che il giudice arresterà la verifica di tipicità all'accertamento del contributo in favore del *clan*, omettendo di analizzarne e valutarne le ricadute sul tessuto organizzativo dell'associazione, ovvero ricorrendo a schemi presuntivi di *causalità in re ipsa*, il requisito offensivo del concorso esterno verrà affossato, il più delle volte sacrificato sull'altare di esigenze repressive.

Va da sé che il superamento del modello rigorosamente causale di concorso esterno finisce per comportare lo smantellamento della sua impalcatura di razionalità politico-criminale; ne resterebbero compromessi i delicati bilanciamenti tra funzioni di garanzia e compiti ordinanti

[24] Fiandaca-Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2009, 648 ss.

di tutela sociale e, in definitiva, la ragionevolezza della equiparazione sanzionatoria tra un delitto dalla forte pregnanza criminologica – quale è la partecipazione associativa – ed una fattispecie legata alla realizzazione di meri episodi da parte di chi intende vivere al di fuori dell'associazione criminosa.

Da ultimo, vorrei osservare che la distinzione tra *accordi causali* ed *accordi non causali* mette fuori gioco, per la irriducibilità delle rispettive *rationes incriminandi*, il rinvio che *Dell'Utri* opera alla giurisprudenza in tema di consumazione dei reati di corruzione, in particolare allo schema della consumazione alternativa avallato dalle Sezioni Unite nel caso *Mills*[25].

4. La permanenza del concorso esterno in una recente posizione dottrinaria.

Nel commentare *Dell'Utri*, Giovannangelo De Francesco, con la consueta perspicuità delle sue riflessioni, motiva la tesi della natura permanente del concorso esterno con ragioni diverse da quelle espresse dalla sentenza[26].

Implicitamente confermando che il tema si intreccia con i profili tipicizzanti della fattispecie, l'Autore – che, com'è noto, ricostruisce il concorso criminoso in chiave di strumentalità, anziché sul piano causale[27] – collega la caratterizzazione del concorso esterno come illecito di durata all'elemento della disponibilità – per un tempo apprezzabile – a soddisfare le richieste provenienti dal sodalizio criminale. Si tratterebbe di un requisito non collegato, come invece ritenuto non senza ambiguità da *Dell'Utri*, alla 'reiterazione' di prestazioni fornite agli associati, ma costituente lo sviluppo del patto collaborativo stipulato con la consorteria nell'ambito del quale l'estraneo si sia impegnato ad effettuare le dazioni ritenute dagli associati 'strumentali' agli scopi da loro perseguiti.

Muovendo la propria indagine in autonomia dalle acquisizioni della giurisprudenza di legittimità, De Francesco costruisce, così, il volto del concorso esterno, componendolo di un duplice profilo di tipicizzazione rappresentati, l'uno, dalla realizzazione di un apporto – o dalla relativa promessa – strumentale alle finalità associative; l'altro, dal suo inscriversi entro un nesso continuativo di partecipazione, seppur non espressivo dell'inserimento dell'agente nell'organizzazione associativa.

Prescindendo dalla capacità connotativa di reale offensività attribuibile al carattere della 'strumentalità' e dalla sua affidabile verificabilità probatoria, lascia perplessi – dell'autorevole impostazione – l'impiego dell'elemento della disponibilità sganciato dalla condizione di *intraneità*.

Com'è noto, infatti, il requisito della 'messa a disposizione' rappresenta una sorta di *clausola semantica riassuntiva del 'tipo' della partecipazione associativa*; non, dunque, uno specifico ed autonomo requisito di fattispecie, bensì il risultato valutativo di sintesi della ricostruzione della partecipazione associativa su basi organizzatorio/strutturali[28].

In altri termini, nell'economia probatoria della partecipazione associativa la 'messa a disposizione' non presidia uno spazio specifico della verifica processuale, configurandosi quale esito dell'accertamento del requisito dell'inserimento strutturale nell'organizzazione del sodalizio che, invece, rappresenta il 'fatto da provare'.

Ne consegue che, svincolata dal collegamento con la condotta di partecipazione, la 'messa a disposizione' acquisisce un carattere di 'scivolosità' che finisce per renderlo concetto di assai

[25] *Cass. pen.*, *SS.UU.*, 21.4.2010, n. 15208.
[26] G.A. De Francesco, *Il concorso esterno nell'associazione mafiosa torna alla ribalta del sindacato di legittimità*, cit.
[27] G.A. De Francesco, *Il concorso di persone nel reato*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, II, Torino, 2001, 328 ss.
[28] In argomento, cfr. i saggi di Cavaliere, Maiello e Visconti raccolti nel volume (a cura di Picotti-Fornasari-Viganò-Melchionda) *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio*, Padova, 2005, e la relazione di sintesi di Viganò, *Riflessioni conclusive in tema di 'diritto penale giurisprudenziale', 'partecipazione' e 'concorso esterno'*, 279 ss., spec. 307 ss. In giurisprudenza, da ultimo *Cass. pen.*, *Sez. VI*, 13 aprile 2012, Spitaleri secondo cui per la sussistenza della partecipazione associativa occorre che la condotta "*si sostanzi non in una 'tendenziale disponibilità' a 'mettersi a disposizione' dell'associazione ma in un ruolo dinamico e funzionale inequivocamente finalizzato alle conseguenze fattuali e modali tracciate dal comma 3 della norma cit. in esplicazione dell'intraneità del soggetto agente al fenomeno associativo*"; così, anche *Cass. pen.*, *Sez. I*, 26.04.2011, n. 16300.

difficile compatibilità con una "concezione razionale della prova"[29], vale a dire con un progetto di conoscenza giudiziale deputato a determinare il "valore di verità" delle proposizioni costitutive delle fattispecie giuridiche, senza del quale, evidentemente, la 'narrazione garantistica' declinata dal diritto penale resta un inganno della realtà.

[29] Su cui, Beltran, *La valutazione razionale della prova*, tr. it., Milano, 2012.

Articolo sottoposto a peer review

LA "CLESSIDRA" DEL RICICLAGGIO ED IL PRIVILEGIO DI *SELF-LAUNDERING*: NOTE SPARSE A MARGINE DI RICORRENTI, ASTRATTI FURORI DEL LEGISLATORE

Luca Troyer e Stefano Cavallini*

Abstract

Il presente studio tenta di approfondire criticamente la questione, quanto mai attuale, dell'opportunità politico-criminale dell'abolizione della clausola di riserva posta in apertura all'art. 648 *bis* c.p. (c.d. "privilegio di autoriciclaggio"). Dopo un breve ambientamento del problema, in cui si evidenzia lo scarto tra la tipicità onnicomprensiva dell'odierna fattispecie di riciclaggio ed i modesti risultati pratici della norma, gli Autori si soffermano sull'inquadramento teorico della clausola di riserva e ne illustrano i maggiori profili di criticità in sede applicativa: segnatamente, la difficile perimetrazione del contributo causalmente rilevante alla commissione del reato presupposto, oltre alla complessa interazione tra riciclaggio e fenomeni associativi. Quindi, analizzate "a campione" alcune pronunce della giurisprudenza di legittimità in materia di autoriciclaggio, vengono brevemente richiamate le esperienze di alcuni ordinamenti stranieri, per verificare se ed in quali termini il *self laundering* è criminalizzato nel panorama internazionale. Tirando le fila del discorso, gli Autori esprimono forti perplessità rispetto all'abrogazione della clausola di riserva, laddove alla stessa non si accompagni un profondo ripensamento – strutturale e ad ampio raggio – dell'intera fattispecie di riciclaggio.

Sommario

1. Osservazioni introduttive e campo di indagine. – 2. Le radici della scelta italiana e i problemi teorici della clausola di riserva. – 3. Clausola di riserva e ricostruzione del sistema: i problemi pratico-applicativi della scelta italiana. – 4. Gli sporadici interventi della giurisprudenza in tema di autoriciclaggio: una condivisibile tendenza al rispetto della legalità. – 5. Uno sguardo oltre confine: cenni su riciclaggio e autoriciclaggio nei sistemi di civil e di common law. – 6. L'opportunità della scelta italiana: auspici o timori di superamento de lege ferenda?

*Il presente contributo è l'esito di una riflessione comune degli Autori; spettano tuttavia a Luca Troyer i paragrafi 4 e 5, a Stefano Cavallini i paragrafi 2 e 3, ad entrambi i paragrafi 1 e 6.

« La condizione fondamentale
per allontanarsi dal passato
è di conoscerne
a fondo il significato »
E. Severino*

1. Osservazioni introduttive e campo di indagine.

Interrogarsi sulla perdurante sostenibilità politico-criminale del "privilegio di autoriciclaggio"[1] non equivale – riduttivamente – a valutare l'opportunità di mantenere o abolire una clausola di riserva[2]. Significa invece, soprattutto, focalizzare i riverberi che un'eventuale sforbiciata all'*incipit* dell'art. 648 *bis* c.p.[3], per il resto immutato nell'attuale fisionomia, irradierebbe sull'eterogenea galassia di delitti suscettibili di ingenerare proventi "riciclabili"; significa, in altre parole, ripensare sistematicamente, e non per monadi isolate, la frontiera della lotta alla ripulitura del denaro sporco[4].

Un primo dato appare per vero meritevole di riflessione, nella sua banale incontestabilità. Pur a fronte di contributi dottrinari numerosi ed autorevoli, i repertori di giurisprudenza non traboccano di pronunce sul riciclaggio[5], né, tra le sparute sentenze di rilievo, sembra emergere

* E. Severino, Pensieri sul cristianesimo, Milano, 1995, p. 56.

[1] Con questa espressione, forse debitrice di una pre-comprensione negativa del fenomeno che vuole descrivere, ma ormai acquisita anche nel gergo dottrinario, si indica genericamente l'impossibilità di punire, *ex* art. 648 *bis* (o 648 *ter*) c.p., l'autore o il concorrente nel reato presupposto che ha originato il provento poi riciclato (ovvero reimpiegato): ed in questo senso verrà impiegata anche nell'ambito del presente lavoro.

[2] Ci si limita per ora a questa definizione neutra, riservandosi di meglio analizzare, nel corso del lavoro, la reale natura della suddetta clausola: cfr. *infra*, par. 2.

[3] La bibliografia in tema di riciclaggio è vastissima. Per un inquadramento generale, tra i lavori monografici, le voci di enciclopedia e i contributi in volumi collettanei: M. Zanchetti, *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, Milano, 1997; A. Castaldo – M. Naddeo, *Il denaro sporco*, Padova, 2010; M. Angelini, *Il reato di riciclaggio (art. 648* bis *c.p.). Aspetti dogmatici e problemi applicativi*, Torino, 2008; E. Palombi (a cura di), *Il riciclaggio dei proventi illeciti. Tra politica criminale e diritto vigente*, Napoli, 1996; R. Acquaroli, *Il riciclaggio*, in F. Palazzo – C. E. Paliero (diretto da), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, vol. VII, F. Viganò – C. Piergallini (a cura di), *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, Torino, 2011, p. 805; G. Pecorella, voce *Denaro (sostituzione di)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. III, 1989, p. 366; G. Donadio, *Art. 648* bis, in G. Lattanzi – E. Lupo (a cura di), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. XII, *I delitti contro il patrimonio*, Milano, 2010, p. 825; M. Arnone – S. Giavazzi (a cura di), *Riciclaggio e imprese. Il contrasto alla circolazione dei proventi illeciti*, Milano, 2011; L. D. Cerqua, *Il delitto di riciclaggio dei proventi illeciti (art. 648* bis *c.p.)*, in E. Cappa – L. D. Cerqua (a cura di), *Il riciclaggio del denaro. Il fenomeno, il reato, le norme di contrasto*, Milano, 2012, p. 47; P. Magri, *I delitti di riciclaggio e reimpiego*, in G. Marinucci – E. Dolcini (diretto da), *Trattato di diritto penale – Parte speciale*, vol. VII, *I delitti contro il patrimonio mediante frode*, tomo II, Padova, 2007, p. 419; A. Pioletti, *Il riciclaggio,* in Aa.Vv., *Diritto penale europeo e ordinamento italiano*, Milano, 2006, p. 169; V. Plantamura, *Riciclaggio, impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita, e confisca (artt. 648* bis*, 648* ter *e 648* quater*)*, in A. Cadoppi – S. Canestrari – A. Manna – M. Papa (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, vol. X, *I delitti contro il patrimonio*, Torino, 2011, p. 844; R. Razzante, *Il riciclaggio nella giurisprudenza. Normativa e prassi applicative*, Milano, 2011. Tra i saggi e gli articoli più significativi in materia, limitandosi a quelli più recenti, si vedano inoltre, *ex multis*: V. Manes, *Il riciclaggio dei proventi illeciti: teoria e prassi dell'intervento penale*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2004, p. 35; S. Seminara, *I soggetti attivi del reato di riciclaggio tra diritto vigente e proposte di riforma*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2005, p. 233; A. Castaldo – M. Naddeo, *La normativa comunitaria e italiana sul riciclaggio: quali correzioni per una politica criminale efficace? (Un interessante raffronto con la legislazione argentina)*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2008, p. 299; G. Travaglino, *Riciclaggio: storia, comparazione, struttura*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 1996, p. 228; Id., *Riciclaggio: concorso di persone e di reati*, *ivi*, p. 755; V. Plantamura, *Tipo d'autore o bene giuridico per l'interpretazione, e la riforma, del delitto di riciclaggio?*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2009, p. 161; G. M. Flick, *La repressione del riciclaggio ed il controllo della intermediazione finanziaria. Problemi attuali e prospettive*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1990, p. 1255; A. Cosseddu, *Riciclaggio: complessità di un "percorso" normativo*, in *Cass. Pen.*, 2010, p. 3641; M. Naddeo – D. Montemurro, *Autoriciclaggio e teoria degli insiemi: un «privilegio» matematicamente sostenibile*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2011, p. 337; G. Azzali, *Diritto penale dell'offesa e riciclaggio*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1993, p. 419; G. Morgante, *Riflessioni su taluni profili problematici dei rapporti tra fattispecie aventi ad oggetto operazioni su denaro o beni di provenienza illecita*, in *Cass. Pen.*, 1998, p. 2500; G. Insolera, *Prevenzione e repressione del riciclaggio e dell'accumulo di patrimoni illeciti*, in *Leg. Pen.*, 1998, p. 153; S. Faiella, *L'integrazione europea nella disciplina antiriciclaggio*, in *Giust. Pen.*, 2001, II, p. 233; G. Pecorella, *Circolazione del denaro e riciclaggio*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1991, p. 1220; V. B. Muscatiello, *Associazione per delinquere e riciclaggio: funzione e limiti della clausola di riserva*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 1996, p. 97; A. Mangione, *Mercati finanziari e criminalità organizzata: spunti problematici sui recenti interventi normativi di contrasto al riciclaggio*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2000, p. 1102; S. Moccia, *Impiego di capitali illeciti e riciclaggio: la risposta del sistema penale italiano*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1995, p. 728.

[4] Da ultimo, l'esigenza di un approccio sistematico (e in chiave problematica) al tema è stata opportunamente sottolineata dalla "Commissione Fiandaca", nella Relazione (cfr. in particolare pp. 5-6) pubblicata in *Dir. pen. cont.*, 12 febbraio 2014.

[5] Tra gli arresti più recenti della Suprema Corte, che saranno anche successivamente oggetto di analisi, merita segnalare: Cass. pen. sez. V, n. 8432/2007, in *Guida al Diritto*, 2007, 15, p. 75 (s.m.); Cass. pen. sez. II, n. 6561/2009, in *Banca dati Dejure*; Cass. pen. sez. II, n. 47375/2009, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2011, p. 1271, con nota di A. M. Dell'Osso, *Riciclaggio e concorso nel reato presupposto: difficoltà di inquadramento dogmatico ed esigenze di intervento legislativo*, *ivi*, p. 1275; Cass. pen. sez. II, n. 9226/2013, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2013, p. 826, con nota di V. Magnini, *La punibilità dell'autoriciclaggio realizzato per interposta persona*, *ivi*, p. 828, in *Dir. pen. cont.*, 18 aprile 2013, con nota di M. Bosi, *In tema di autoriciclaggio per interposta persona (ex art. 48 c.p.)*, e in *Riv. Pen.*, 2013, p. 513, ed in *Guida al Diritto*, 2013, 14, p. 71, con nota di G. Amato, *Una scelta ineccepibile dettata dall'esigenza di non "colpire" due volte per lo stesso delitto*, *ivi*, p. 75, nonché, volendo, in *Riv. Dott. Comm.*, 2014, p. 91, con nota di L. Troyer – S. Cavallini, *Privilegio di autoriciclaggio e autore "mediato": in (non fremente) attesa di futuribili modifiche legislative, dalla Suprema Corte un accorato richiamo al rispetto del principio di legalità*, *ivi*, p. 93.

il quadro di un fenomeno sofisticato e su larga scala: non stupisce, allora, se in dottrina si è parlato di applicazione pratica « pressoché inconsistente »[6], di ineffettività[7] del delitto di riciclaggio, di « legislazione simbolica »[8], di complessiva inefficienza del sistema preventivo-repressivo, se non di vero e proprio « bilancio fallimentare »[9] dell'art. 648 *bis* c.p.[10]. Su tutto, il nugolo di ricadute pratiche *spot* alimenta l'impressione diffusa che nella rete di una norma incriminatrice proiettata alla repressione del riciclaggio professionale finiscano in realtà per incappare, troppo spesso, i "taroccatori"[11] di automobili[12]. In ciò, senza dubbio, s'annida una delle più evidenti rotture tra la prassi giudiziaria e la fenomenologia criminale[13]: uno scarto che è invero ingigantito dalla tipicità onnicomprensiva[14] (per non dire quasi indeterminata[15])

[6] Così F. Mantovani, *Diritto penale, Parte speciale*, vol. II, *Delitti contro il patrimonio*, IV ediz., Padova, 2012, p. 272.

[7] In argomento: S. Seminara, *I soggetti attivi del reato di riciclaggio*, cit., p. 242; V. Manes, *Il riciclaggio dei proventi illeciti*, cit., p. 61; G. Insolera, *Prevenzione e repressione*, cit., pp. 154 e 177-178. Di effettività "compromessa" parla anche M. Donini, *Commento*, in A. Castaldo – M. Naddeo, *Il denaro sporco*, cit., p. XXVII.

[8] Così S. Moccia, *Impiego di capitali illeciti e riciclaggio*, cit., p. 728.

[9] Così A. Castaldo – M. Naddeo, *La normativa comunitaria e italiana sul riciclaggio*, cit., p. 310.

[10] Si è icasticamente osservato che i processi per riciclaggio sono « assai più esigui dei convegni in materia »: V. B. Muscatiello, *Associazione per delinquere e riciclaggio*, cit., p. 125, che riprende S. Moccia, *Effettività e normativa antiriciclaggio*, in E. Palombi (a cura di), *Il riciclaggio dei proventi illeciti*, cit., p. 304.

[11] Sotto l'etichetta di "taroccamento" si ricomprendono solitamente la sostituzione della targa, la falsificazione dei documenti di proprietà e/o di circolazione del veicolo, ovvero la manomissione del numero di telaio: in argomento, in giurisprudenza, tra le altre: Cass. pen. sez. II, n. 44305/2005, in *Cass. Pen.*, 2007, p. 186 (s.m.); Cass. pen. sez. II, n. 5125/2002, in *Cass. Pen.*, 2003, p. 3435, con nota critica di P. Dell'Anno, *Il delitto di « riciclaggio »: contrasto tra la previsione normativa e le applicazioni giurisprudenziali*; Cass. pen. sez. II, n. 41459/2004, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2005, p. 475, con nota critica di R. Bartoli, *C.d. "taroccamento" e delitto di riciclaggio*, che fa discendere l'assunto giurisprudenziale in parola, tra l'altro, dalla natura "ibrida" del riciclaggio, in parte rivolto al passato e in parte al futuro. *Contra*, in dottrina, anche: P. Magri, *I delitti di riciclaggio e reimpiego*, cit., p. 450. In tema, *amplius*, G. Donadio, *Art. 648* bis, cit., pp. 883 e ss.

[12] D'altra parte, sono le stesse Commissioni "Greco" e "Fiandaca" sull'autoriciclaggio a prendere atto – rispettivamente – che « la fattispecie di riciclaggio ha sinora trovato molto limitata applicazione sul piano giudiziario, soprattutto con riguardo all'ultroneo fenomeno del "taroccamento" delle auto » (cfr. Relazione della Commissione Greco, reperibile sul sito del Ministero della Giustizia), e che l'esperienza giurisprudenziale ha mostrato la « scarsa importanza dei tipi di attività per lo più coinvolti (ad esempio sostituzione di targhe, manomissione di numeri di telaio, smontaggio di pezzi di veicoli, ecc.) » (cfr. Relazione della Commissione Fiandaca, cit., p. 7). Critico nei confronti delle soluzioni giurisprudenziali troppo estensive e non orientate in chiave teleologica F. Giunta, *Elementi costitutivi del reato di riciclaggio. I rapporti con il d.lgs. 231/07. Le prospettive di riforma*, in M. Arnone – S. Giavazzi (a cura di), *Riciclaggio e imprese*, cit., p. 85. Sul profilo criminologico si vedano le interessanti e circostanziate riflessioni di R. Acquaroli, *Il riciclaggio*, cit., pp. 805-806 (in tema anche P. Magri, *I delitti di riciclaggio e reimpiego*, cit., pp. 443-445 e G. Donadio, *Art. 648* bis, cit., pp. 868 e ss., oltre che, *amplius*, A. Castaldo – M. Naddeo, *Il denaro sporco*, cit., pp. 5 e ss.), che rileva come il riciclaggio si sia trasformato da fenomeno essenzialmente bifasico (lavaggio del denaro sporco e suo successivo reimpiego) a meccanismo trifasico (trasferimento dei proventi illeciti, "copertura" della fonte illecita dei proventi, reimmissione del capitale nei circuiti economici legali); evoluzione empirica cui tuttavia non ha corrisposto una parallela metamorfosi normativa, scandendo, gli attuali artt. 648 *bis* e *ter* c.p., ancora le due fasi tradizionali della trasformazione e della reintegrazione nel sistema economico dei proventi illeciti.

[13] Le statistiche, pur scontando l'impossibilità di precisa quantificazione delle somme riciclate, delineano infatti l'affresco di un fenomeno dalle proporzioni ingentissime: basti pensare che nella classifica dei Paesi in cui la criminalità organizzata impiega i propri capitali l'Italia si piazza ai primi posti, con investimenti stimati intorno ai 100.000 milioni di dollari: per ulteriori riferimenti, A. Castaldo – M. Naddeo, *La normativa comunitaria e italiana sul riciclaggio*, cit., p. 306.

[14] Evidenzia la portata generica ed ampia della norma incriminatrice G. Insolera, *Prevenzione e repressione*, cit., p. 156. Specialmente con riguardo alla condotta consistente nel "compimento di altre operazioni", che ad avviso di parte della dottrina sarebbe *ex se* sufficiente ad inglobare qualunque ipotesi di riciclaggio, F. Mantovani, *Diritto penale, Parte speciale*, cit., p. 274, G. Pecorella, *Circolazione del denaro e riciclaggio*, cit., pp. 1232-1233, e F. Giunta, *Elementi costitutivi del reato di riciclaggio*, cit., p. 88, che parla invero di formulazione ad analogia esplicita. D'altronde, anche rispetto alle ulteriori condotte tipizzate dalla norma incriminatrice la giurisprudenza ha tratteggiato interpretazioni sostanzialmente onnicomprensive: così, ad es., si è detto che il concetto di trasferimento deve intendersi non solo in senso giuridico (passaggio formale della proprietà o del possesso della cosa) ma anche in senso materiale (mero spostamento del bene): cfr. Cass. pen. sez. II, n. 21667/2007, in *Guida al dir.*, 2007, 27, p. 75; a condizione però – quantomeno – che esso sia idoneo ad ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa del bene (così Cass. pen. sez. II, n. 18577/2003, in *Cass. Pen.*, 2004, p. 3642). Senza contare che, secondo una parte minoritaria della dottrina, seguita dalla giurisprudenza di legittimità, il riciclaggio potrebbe perfezionarsi anche in forma "mediata", vale a dire allorquando il bene oggetto della condotta non provenga direttamente dal delitto presupposto, ma sia stato già precedentemente "ripulito": per questa tesi, in dottrina, M. Zanchetti, *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, cit., pp. 416-417; (parz.) A. Castaldo – M. Naddeo, *Il denaro sporco*, cit., pp. 164 e ss.; V. Plantamura, *Riciclaggio, impiego di denaro, beni o utilità*, cit., p. 868; in giurisprudenza, *ex aliis*, Cass. pen. sez. I, n. 7382/1987, in *Riv. Pen.*, 1988, p. 315, e, da ultimo, Cass. pen. sez. II, n. 29452/13, in *CED Cass. pen.* (che ammette, tra l'altro, la possibilità di ravvisare il delitto di cui all'art. 8 d.lgs. 74/2000 quale reato presupposto del riciclaggio): per ulteriori riferimenti, G. Donadio, *Art. 648* bis, cit., p. 855, e N. Mainieri, *Il reato di riciclaggio e la mancata "collaborazione attiva"*, in *Antiriciclaggio & 231 del 2001*, 2014, nn. 1-2, pp. 149 e ss. A non diverse conclusioni sembra peraltro doversi giungere in riferimento all'oggetto materiale (denaro, beni o altre utilità), del quale pure si è evidenziata l'onnicomprensività: cfr. P. Magri, *I delitti di riciclaggio e reimpiego*, cit., p. 433. Si è icasticamente affermato, con riferimento alla omologa fattispecie incriminatrice tedesca (ma con considerazioni riproducibili, sul punto, per l'art. 648 *bis* c.p.) che a ben guardare, del resto, « *solo i pensieri sono liberi, e, anche se fossero sporchi, non sarebbe possibile lavarli* »: così K. Volk, *Aspetti dogmatici e politico-criminali della nuova legge tedesca anti-riciclaggio (p. 261 StGB)*, in E. Palombi (a cura di), *Il riciclaggio dei proventi illeciti*, cit., p. 340.

[15] Evidenzia i caratteri di indeterminatezza di cui è intrisa la condotta di sostituzione R. Acquaroli, *Il riciclaggio*, cit., p. 810. Non stupisce, dunque, che in dottrina si sia efficacemente rilevato come « la storia normativa del riciclaggio (…) – in controtendenza con l'adagio jehringhiano – è storia di una progressiva dilatazione dell'intervento penale »: così V. Manes, *Il riciclaggio dei proventi illeciti*, p. 37. Di "sublimazione" dei confini del reato nelle applicazioni giurisprudenziali parla invece S. Faiella, *L'integrazione europea*, cit., p. 238.

con cui il legislatore, segnando il passo rispetto alle precedenti formulazioni dell'art. 648 *bis* c.p.[16], ha calibrato nella sua ultima versione il delitto di riciclaggio[17].

Viene da chiedersi, allora, se la lamentata ipoeffettività della norma incriminatrice sia da imputare alla sua sagomazione "a clessidra": due bulbi potenzialmente sconfinati (quello superiore costituito da qualunque delitto non colposo suscettibile di ingenerare proventi illeciti; quello inferiore da una tipicità dai confini quanto mai dilatati), uniti da un minuscolo foro (la clausola di riserva) a perenne rischio occlusione. Insomma: è lo stesso modello « alternativo »[18] di incriminazione a certificare la scarsa operatività della fattispecie?

Scopo delle presenti pagine, dunque, è di offrire un contributo, mediato da uno sguardo ai problemi teorici e pratici della clausola di riserva e alle soluzioni di alcuni ordinamenti stranieri, al vivace dibattito sull'opportunità di conservare l'attuale fisionomia dell'art. 648 *bis* c.p. ovvero di liquidarla come un lusso che un diritto penale (ormai perennemente) in trincea[19] non può più permettersi.

2. Le radici della scelta italiana e i problemi teorici della clausola di riserva.

L'attuale autoria "a scartamento ridotto" dell'art. 648 *bis* c.p., *in parte qua* invariata rispetto alla versione originaria del 1978, giustifica la collocazione topografica contigua alla ricettazione, dal cui ceppo il riciclaggio – riproducendo la medesima clausola di riserva – è gemmato[20]. Il risultato è noto: la gamma dei soggetti attivi del reato è limitata a coloro che non hanno partecipato alla commissione del delitto presupposto, dal quale provengono il denaro, i beni o le altre utilità oggetto materiale del riciclaggio[21]. Definita la cornice, non altrettanto nitido appare il contenuto del quadro; sia sotto il profilo teorico, non presentandosi univoco, in dottrina, l'incasellamento dogmatico della clausola di riserva, sia (soprattutto) sotto quello più prettamente pratico-applicativo, rivelandosi spesso incerto e assai sfumato il *discrimen* tra condotte unicamente di riciclaggio e condotte (anche) di concorso nel reato prodromico[22]: aspetti strettamente intrecciati, in una sorta di sistema a vasi comunicanti, con una continua osmosi tra soluzioni teoriche e ricadute pratiche (e viceversa), aspetti sostanziali e corollari processuali.

Ragioni di opportunità metodologica suggeriscono di prendere le mosse dalla natura dogmatica della clausola di riserva.

Dalla scarsa afferrabilità concettuale della formula "*fuori dei casi di concorso nel reato*" è scaturita nel tempo una congerie di ipotesi ricostruttive[23], coinvolgendo trasversalmente tanto la dottrina quanto (pur con scarso impegno esplicativo) la giurisprudenza[24].

Le opzioni sul tappeto, peraltro, possono raggrupparsi idealmente in tre macro-famiglie, a seconda che l'accento sia posto sulla struttura del fatto tipico, sui rapporti tra riciclaggio e delitto presupposto, ovvero su mere scelte di opportunità sanzionatoria.

[16] Segnatamente, dall'originaria previsione dell'art. 3 d.l. 59/1978 (conv. dalla l. 191/1978) e della successiva modifica di cui all'art. 23 l. 55/1990.

[17] Come non ha mancato di evidenziare una parte della dottrina, del resto, la formulazione vaga dell'art. 648 *bis* c.p. ha trasformato la norma incriminatrice in "vicino invadente", con conseguente "fagocitazione" delle fattispecie limitrofe (*in primis* dell'art. 648 *ter* c.p., sostanzialmente destinandolo all'inoperatività): cfr. F. Giunta, *Elementi costitutivi del reato di riciclaggio*, cit., p. 84. Rimarca la potenziale ipereffettività della fattispecie – dai caratteri "*flou*" – anche C. E. Paliero, *Il riciclaggio nel contesto societario*, in M. Arnone – S. Giavazzi (a cura di), *Riciclaggio e imprese*, cit., p. 91.

[18] Con questa locuzione si designa, in contrapposizione la modello c.d. « cumulativo », la scelta di quegli ordinamenti che, come quello italiano, puniscono il riciclaggio soltanto fuori dai casi di concorso con il reato presupposto: sul punto, V. Manes, *Il riciclaggio dei proventi illeciti*, pp. 57-58.

[19] Volendosi limitare al riciclaggio, si veda in tema M. Donini, *Commento*, cit., p. XXI.

[20] Sottolineano la derivazione del riciclaggio dalla ricettazione, nella misura in cui ne riproduce la clausola di riserva, tra gli altri: S. Moccia, *Impiego di capitali illeciti e riciclaggio*, cit., pp. 728 e ss.; S. Faiella, *L'integrazione europea*, cit., p. 235; M. Zanchetti, *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, cit., p. 352; G. Donadio, *Art. 648* bis, cit., p. 841; P. Magri, *I delitti di riciclaggio e reimpiego*, cit., p. 429.

[21] Per le articolazioni operative della clausola di riserva nel contesto degli enti si veda C. E. Paliero, *Il riciclaggio nel contesto societario*, cit., in particolare pp. 95 e ss.

[22] Su quest'ultimo aspetto, più ampiamente, *infra*, par. 3.

[23] Per una mappatura delle varie impostazioni, V. Magnini, *La punibilità dell'autoriciclaggio*, cit., pp. 831-833.

[24] L'interesse giurisprudenziale conferma l'assunto di poc'anzi circa la valenza anche pratica delle definizioni teoriche, benché, come si avrà occasione di rilevare più oltre (cfr. meglio *infra*, par. 4), la giurisprudenza – al di là delle qualificazioni teoriche – si sia mostrata più attenta ai risultati pratici della clausola di riserva.

Più risalente, ed invero allo stato ampiamente minoritaria, l'impostazione secondo cui la clausola di riserva varrebbe a cristallizzare un presupposto negativo della condotta tipica, ovvero la mancata partecipazione al reato presupposto[25]. Pur non priva di coerenza interna[26], la tesi in parola si espone ad obiezioni difficilmente superabili: su tutti, il rilievo per cui l'estraneità al reato base non sembra in alcun modo concorrere a contrassegnare il disvalore della fattispecie di riciclaggio, ancor più se – come ormai ampiamente riconosciuto in dottrina – della stessa si offre una lettura plurioffensiva[27]. D'altra parte, come si è acutamente notato, attrarre la clausola di riserva nel perimetro della tipicità dell'art. 648 *bis* c.p. significherebbe rendere irragionevolmente non punibili anche i soggetti che eventualmente concorrano, in forma atipica, al riciclaggio commesso dall'autore del reato presupposto[28]; senza contare che, trattandosi di elemento costitutivo del fatto, graverebbe sull'accusa l'onere di fornirne la prova (negativa).

Le soluzioni allo stato maggioritarie, ad ogni modo, orbitano nella sfera dei rapporti tra norme incriminatrici.

La tesi prevalente, segnatamente, sembra ricondurre l'inciso al binomio teorico consunzione-*post factum* non punibile[29]: osservato lo sviluppo degli eventi in prospettiva finalistica, il riciclaggio si porrebbe come naturale prolungamento del reato antecedentemente commesso, che ne assorbirebbe così, per intero, il disvalore. Su questa linea anche una parte della giurisprudenza, perentoria ma alquanto ermetica nelle argomentazioni a sostegno della tesi: «non si dubita, in linea di principio, che il concorrente nel reato presupposto di quello di riciclaggio non può essere chiamato a rispondere di tale successiva attività, fatta rientrare nel *post factum* non punibile attraverso la clausola di riserva introdotta nell'art. 648 *bis* c.p., come già nell'art. 648 c.p. »[30].

Sempre nell'alveo delle teorie pluralistiche sul concorso apparente di norme si muove un'altra opzione interpretativa, che fa leva piuttosto sul principio di sussidiarietà[31]: «l'*incipit* del comma 1 tanto dell'art. 648 *bis* c.p. quanto dell'art. 648 c.p. (…) costituisce una clausola di riserva: in quanto tale, essa – lungi dal delineare un elemento costitutivo del reato di riciclaggio – è finalizzata soltanto ad escludere il ricorso al criterio di specialità, applicando in sua vece quello di sussidiarietà e così preve[d]endo, a monte, un concorso apparente di norme »[32]. Immediati i riverberi sul terreno processuale, giacché « se (…) l'estraneità al delitto presupposto non è elemento costitutivo del riciclaggio, ma mera clausola di riserva a fini di preventiva

[25] La tesi, già sostenuta da F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, vol. I, IX ed., Milano, 1986, p. 360 (per la ricettazione, con conclusioni richiamate in tema di riciclaggio a p. 363), ha di recente trovato l'autorevole avallo di F. Mantovani, *Diritto penale, Parte speciale*, cit., p. 273. Ad analoga conclusione A. Castaldo – M. Naddeo, *Il denaro sporco*, cit., p. 87, secondo i quali «la locuzione (…) finisce con il sortire, nei confronti della descrizione dell' "agente", un effetto simile a quello degli elementi negativi del fatto per la tipicità, riducendone notevolmente l'impatto applicativo ».

[26] Evidenzia i profili di coerenza sistematica della tesi in esame, pur non condividendone gli assunti, A. M. Dell'Osso, *Riciclaggio e concorso nel reato presupposto*, cit., pp. 1287-1288.

[27] Così ancora A. M. Dell'Osso, *Riciclaggio e concorso nel reato presupposto*, cit., p. 1289. In dottrina si è registrato un progressivo ampliamento della platea di interessi ritenuti presidiati dall'art. 648 *bis* c.p., con un accento che dall'originaria tutela del patrimonio si è spostato, con varietà di soluzioni e di combinazioni, alla amministrazione della giustizia, all'ordine pubblico, all'economia pubblica e alla tutela del risparmio e della concorrenza. Per un quadro ricostruttivo, anche in chiave diacronica, per tutti: G. Donadio, *Art. 648* bis, cit., pp. 834 e ss. Particolarmente articolato ed ampio lo spettro dei beni giuridici protetti dalla norma secondo V. Plantamura, *Tipo d'autore o bene giuridico*, cit., p. 180, ad avviso del quale l'art. 648 *bis* c.p. tutelerebbe sia l'identificabilità della provenienza delittuosa (bene strumentale), sia l'amministrazione della giustizia (bene intermedio), sia l'economia pubblica (bene finale).

[28] L'argomento è di S. Seminara, *I soggetti attivi del reato di riciclaggio*, cit., p. 236. Adesivamente, pur evidenziando la marginalità dei casi di concorso atipico al reato di riciclaggio (stante la segnalata onnicomprensività della norma), di nuovo A. M. Dell'Osso, *Riciclaggio e concorso nel reato presupposto*, cit., p. 1289. Per analoghe considerazioni rispetto alla ricettazione G.A. De Francesco, *Lex specialis*, Milano, 1980, p. 193.

[29] In tal senso, in dottrina: G. Morgante, *Riflessioni su taluni profili problematici*, cit., p. 2514; A. Mangione, *Mercati finanziari e criminalità organizzata*, cit., p. 1138; G. Travaglino, *Riciclaggio: storia, comparazione, struttura* , cit., p. 233; M. Zanchetti, *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, cit., p. 352; F. Giunta, *Elementi costitutivi del reato di riciclaggio*, cit., p. 85; R. Acquaroli, *Il riciclaggio*, cit., p. 809; P. Magri, *I delitti di riciclaggio e reimpiego*, cit., pp. 429-430; C. E. Paliero, *Il riciclaggio nel contesto societario*, cit., p. 92 (con accento sul principio di proporzionalità del trattamento sanzionatorio); V. B. Muscatiello, *Associazione per delinquere e riciclaggio*, cit., pp. 133 e ss.; G. Insolera, *Prevenzione e repressione*, cit., p. 157; G. Pecorella, voce *Denaro (sostituzione di)*, cit., p. 370. Al principio di consunzione quale fondamento teorico della clausola di riserva pare riferirsi, benché su posizioni più sfumate, L. D. Cerqua, *Il delitto di riciclaggio*, cit., pp. 56-57. In generale, sulla consunzione e il *post factum* non punibile, nella manualistica (e su antitetiche posizioni), per tutti: G. Marinucci – E. Dolcini, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, IV ed., Milano, 2012, pp. 458 e ss.; F. Mantovani, *Diritto penale, Parte generale*, VII ed., Padova, 2011, pp. 475-476.

[30] Così Cass. pen. sez. V, n. 8432/2007, in *Banca dati Dejure*.

[31] Per le essenziali coordinate teoriche in ordine al suddetto principio si veda nuovamente la manualistica citata in nota 30.

[32] Così Cass. pen. sez. II, n. 47375/2009, cit., p. 1275. Un richiamo alla sussidiarietà si rinviene anche in S. Seminara, *I soggetti attivi del reato di riciclaggio*, cit., p. 233, il quale, tuttavia, aderisce poi alla tesi della causa personale di esclusione della pena (*ivi*, p. 236).

soluzione di concorso apparente di norme, l'accusa non è onerata della relativa prova »[33].

Queste ricostruzioni, nondimeno, ad avviso di chi scrive non meritano di essere condivise[34]: vuoi perché eccentriche rispetto agli istituti alla cui *ratio* collegano l'*incipit* dell'art. 648 *bis* c.p. (difetto che potrebbe definirsi "*strutturale*"), vuoi perché – del tutto paradossalmente – rischiano a ben vedere di renderne addirittura superflua la relativa positivizzazione (difetto che potrebbe qualificarsi "*sistematico*")[35]. Muovendo dal piano strutturale, va in primo luogo evidenziata la distonia della clausola d'apertura del riciclaggio rispetto ai postulati teorici della sussidiarietà e della consunzione, delle quali sono invertiti il *prius* ed il *posterius*: a soccombere sarebbe la norma principale ovvero consumante, vale a dire il riciclaggio, fattispecie (almeno in linea tendenziale) più grave ed offensiva di beni giuridici ulteriori rispetto a molti delitti presupposto[36], che non possono perciò esaurire il disvalore complessivo e le esigenze di repressione sottese alla vicenda criminosa nel suo dinamico dispiegarsi. Del resto, sotto diverso profilo, le tesi in esame prestano il fianco a censure ancor più radicali a livello sistematico: infatti, trattandosi di criteri preterlegali, elaborati per rimediare alle lamentate insufficienze del principio di specialità, sussidiarietà e consunzione si distinguono per operare a prescindere da un'espressa previsione normativa puntuale[37]. Ciò significherebbe paradossalmente che, anche a fronte di un'eventuale abrogazione della clausola di riserva, la punibilità dell'autoriciclaggio continuerebbe ad essere neutralizzata – pur in via implicita e forzando l'*intentio legis* – dal cordone ombelicale che lega la norma incriminatrice ai reati presupposto dai quali deve passare per essere integrata[38].

Non sembra allora azzardato sostenere che la mancata incriminazione dell'autore/concorrente nel reato presupposto dipenda soltanto da una scelta opportunistica del legislatore, che si è trasfusa nella previsione di una causa personale di esclusione della punibilità[39]. Come tale, dunque, occorrerà valutare quest'ultima anche in prospettiva *de iure condendo*; non prima di aver toccato con mano i problemi intrinseci alla *actio finium regundorum* tra condotta di (solo) riciclaggio e condotta (anche) di concorso nel reato presupposto.

[33] In questo senso, ancora, Cass. pen. sez. II, n. 47375/2009, cit., p. 1275.

[34] Vale la pena di rilevare – *in limine* e senza possibilità di approfondire ulteriormente in questa sede – che la stessa consistenza dogmatica dei principi in parola è profondamente criticata da una parte – peraltro significativa – della dottrina, oltre ad essere apertamente contestata dalla giurisprudenza di legittimità più recente, anche a Sezioni Unite (per tutte, si veda Cass. Sez. Un. n. 1235/2010, in *Cass. Pen.*, 2011, p. 3844 (s.m.), con nota di I. Giacona, *Il concorso apparente di reati al vaglio delle Sezioni Unite*), in ossequio alla teoria monistica che contempla la specialità *ex* art. 15 c.p. quale unico criterio legittimo per risolvere i casi di concorso apparente di norme.

[35] Ad avviso di S. Faiella, *L'integrazione europea*, cit., p. 243, la tesi del postfatto non sarebbe condivisibile già sulla base del tenore letterale della clausola di riserva, la quale recita "concorso nel reato" e non invece "concorso di reati".

[36] Considerazioni simili in A. M. Dell'Osso, *Riciclaggio e concorso nel reato presupposto*, cit., p. 1284 e in G. Donadio, *Art. 648* bis, cit., p. 842, il quale rileva che – se poteva apparire conforme al sistema normativo anteriore all'ultima riforma del 1993 (quando i reati presupposto erano circoscritti a fattispecie delittuose tassativamente individuate) – tale concezione deve oggi ritenersi superata per le criticità strutturali che la affliggono. Critica la tesi del postfatto anche F. Centonze, *La* "partnership" *pubblico-privato nella prevenzione del riciclaggio e il problema della posizione di garanzia dei componenti degli organi di controllo societari*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, vol. III, p. 1790.

[37] Per tutti, si vedano le annotazioni di G. Marinucci – E. Dolcini, *Manuale di diritto penale*, cit., tra i più autorevoli fautori delle concezioni pluralistiche: quanto alla sussidiarietà, si legge che le « clausole di sussidiarietà espressa "obbediscono ad un criterio di sistema", dando rilievo ad un principio di portata generale, in grado di operare non solo nei casi di sussidiarietà espressa, ma anche in casi di sussidiarietà tacita » (p. 457), e, più oltre, con riguardo alle ipotesi di postfatto non punibile, che esse « non si esauriscono (…) in quelle espressamente individuate dal legislatore. Tacitamente, le riserve "fuori dei casi di concorso nel reato" antecedente (…), che comportano la non punibilità del reato susseguente, operano tutte le volte in cui quest'ultimo reato rappresenta un normale sviluppo ella condotta precedente (…) » (p. 464).

[38] Critico verso la suddetta impostazione giurisprudenziale anche F. Giunta, *Elementi costitutivi del reato di riciclaggio*, cit., pp. 87-88, che sottolinea come, non essendo l'estraneità al delitto presupposto elemento costitutivo del riciclaggio, l'accusa non sarebbe onerata della relativa prova, rimessa invece alla testimonianza dell'imputato (soggetto però interessato, in molti casi, ad ammettere piuttosto la propria partecipazione al reato principale).

[39] In questo senso, S. Seminara, *I soggetti attivi del reato di riciclaggio*, cit., p. 236, e, con opposta posizione circa la condivisibilità della scelta legislativa, R. Razzante, *Il riciclaggio nella giurisprudenza*, cit., p. 93. Non colgono nel segno le critiche mosse, anche a questa impostazione, da A. M. Dell'Osso, *Riciclaggio e concorso nel reato presupposto*, cit., p. 1290, secondo cui, in sostanza, sarebbero sfuggenti le ragioni di opportunità sottese alla scelta di non punire l'autoriciclatore o comunque di punirlo con una pena potenzialmente meno severa (perché ancorata al solo delitto presupposto) rispetto all'eventuale *extraneus* che con lui concorra nella commissione del riciclaggio: ciò in quanto non è consentito all'interprete un sindacato su scelte di politica criminale riservate al legislatore (nella misura in cui, beninteso, le stesse non si risolvano in discriminazioni irragionevoli, il che tuttavia non sembra avvenire nel caso in esame). In tema anche F. Centonze, *La* "partnership" *pubblico-privato nella prevenzione del riciclaggio*, cit., p. 1791.

3. Clausola di riserva e ricostruzione del sistema: i problemi pratico-applicativi della scelta italiana.

Le intuibili (e tangibili) conseguenze della colorazione della condotta[40] come partecipazione concorsuale al delitto principale rendono centrale la ricerca dei criteri distintivi rispetto ai contributi iscrivibili nel solo paradigma del (successivo) riciclaggio: questione resa ancor più spinosa dalla circostanza che spesso, in linea fattuale, a precedere la commissione del reato fonte interviene un accordo "di ripulitura" dei relativi proventi con il futuro riciclatore. Il problema, dunque, si presenta frequentemente come un epifenomeno della complessa concretizzazione del contributo morale concorsualmente rilevante.

Nient'affatto dirimente, in quanto non sufficientemente selettivo, si è mostrato il criterio incentrato in via esclusiva sul momento in cui l'accordo di *laundering* è stato raggiunto, distinguendo a seconda che l'accordo si manifesti precedentemente o successivamente alla commissione del delitto base: più che il mero dato temporale, infatti, occorre valutare « caso per caso se la preventiva assicurazione di lavare il denaro abbia realmente influenzato o rafforzato, negli autori dei reati principali, la decisione di delinquere »[41]. Insomma, non diversamente da quanto accade di regola in relazione al paradigma concorsuale *ex* art. 110 c.p., il *discrimen*[42] correrà lungo il crinale della effettiva determinazione causale[43], parametro peraltro non immune da zone d'ombra in sede di traduzione pratica[44].

Ma i problemi maggiori[45] si rinvengono sul diverso versante della compatibilità tra fenomeni associativi e riciclaggio, ovvero – detto altrimenti – della possibilità di configurare la stessa associazione per delinquere (e, in termini solo parzialmente affini, la contigua associazione per delinquere di stampo mafioso) quale reato presupposto del riciclaggio, escludendo così in radice la convivenza punitiva degli artt. 416 (e 416 *bis*) e 648 *bis* c.p.[46]. Esigenze metodologiche e di maggiore chiarezza ricostruttiva suggeriscono peraltro di distinguere l'associazione per delinquere "ordinaria" da quella "mafiosa": fenomeni che meritano analisi separata perché la consorteria di stampo mafioso risulta – rispetto all'ipotesi base delineata dall'art. 416 c.p. – fattispecie speciale, (se è consentito il termine) "geneticamente modificata" dall'utilizzo del metodo mafioso e dal perseguimento, tra gli scopi dell'organizzazione, non soltanto della commissione di una serie indeterminata di delitti fine, bensì anche di attività economiche che – altrimenti di per sé lecite – mutuano la propria illiceità, appunto, dagli strumenti intimida-

[40] Ciò soprattutto se si considera che spesso, per l'agente, è più conveniente ammettere la propria partecipazione al reato base, in quanto punito (il più delle volte) meno severamente del riciclaggio (e quindi, banalmente, soggetto a termini di prescrizione assai più contenuti).

[41] Così in dottrina: G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto penale, Parte speciale*, vol. II, tomo II, *Delitti contro il patrimonio*, III ed., Bologna, 2002, p. 243; G. Donadio, *Art. 648* bis, cit., p., 844; G. Pecorella, voce *Denaro (sostituzione di)*, cit., pp. 370-371, pur richiamando il criterio temporale; in tal senso anche: A. Castaldo – M. Naddeo, *Il denaro sporco*, cit., p. 89. In giurisprudenza: Cass. pen. sez. V, n. 8432/2007, cit.

[42] *Discrimen* che (pur se la considerazione può apparire superflua) non separerà in questo caso le ipotesi di rilevanza da quelle di irrilevanza penale, bensì le condotte atipiche comunque riconducibili alla fattispecie plurisoggettiva eventuale del reato base da quelle invece sussumibili unicamente nella sfera dell'art. 648 *bis* c.p.

[43] In tal senso, tra gli altri: G. Insolera, *Prevenzione e repressione*, cit., p. 157; P. Magri, *I delitti di riciclaggio e reimpiego*, cit., p. 431; M. Zanchetti, *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, cit., pp. 354-355. La tesi è criticata da G. Morgante, *Riflessioni su taluni profili problematici*, cit., pp. 2519-2520, che lamenta la genericità e l'insufficienza del criterio in esame senza tuttavia fornire parametri più nitidi per fissare la linea di confine tra concorso nel reato fonte e riciclaggio.

[44] Per tutti, sulle difficoltà di concretizzazione del parametro in parola: F. Mantovani, *Diritto penale, Parte generale*, cit., pp. 520 e ss. (e in particolare p. 524).

[45] Per vero, peculiari questioni sono emerse anche con riguardo ai rapporti tra frode fiscale e riciclaggio: assodato che, secondo la dottrina e la giurisprudenza prevalenti e più recenti, anche il denaro derivante da risparmio (illecito) di imposta soddisfa il concetto di provenienza di cui all'art. 648 *bis* c.p., si è posto infatti, anche qui, il problema di distinguere tra concorso in evasione fiscale e riciclaggio: in argomento, F. Giunta, *Elementi costitutivi del reato di riciclaggio*, cit., p. 86, e – più specificamente – F. D'Arcangelo, *Frode fiscale e riciclaggio*, in *Riv. Dott. Comm.*, 2011, p. 331 (e in particolare pp. 341 e ss).

[46] Si tratta di un tema che ha impegnato a lungo (e tuttora impegna) la dottrina e la giurisprudenza. In dottrina, con varietà di soluzioni, oltre ai lavori monografici riportati in nota 4: G. Insolera, *Prevenzione e repressione*, cit., p. 157; L. D. Cerqua, *Il delitto di riciclaggio*, cit., p. 61-63; V. B. Muscatiello, *Associazione per delinquere e riciclaggio*, cit., pp. 128-129; M. Naddeo – D. Montemurro, *Autoriciclaggio e teoria degli insiemi*, cit., pp. 351 e ss.; A. Mangione, *Mercati finanziari e criminalità organizzata*, cit., pp. 1139 e ss.; G. Travaglino, *Riciclaggio: concorso di persone e di reati*, cit., pp. 758 e ss.; C. E. Paliero, *Il riciclaggio nel contesto societario*, cit., pp. 93-94; G. Morgante, *Riflessioni su taluni profili problematici*, cit., pp. 2516 e ss.; F. Giunta, *Elementi costitutivi del reato di riciclaggio*, cit., pp. 86-87. In giurisprudenza, limitandoci agli arresti più recenti (e riportando, per comunanza di problematiche, anche quelli in tema di reimpiego *ex* art. 648 *ter* c.p.): Cass. pen. sez. II, n. 27292/2013, in *Banca dati Dejure*; Cass. pen. sez. VI, n. 25633/2012, *ibidem*; Cass. pen. sez. V, n. 30582/2009, *ibidem*. Da ultimo, per la remissione alle Sezioni Unite della questione della punibilità del riciclatore che sia anche membro dell'associazione *ex* art. 416 *bis* c.p., quando i proventi ripuliti provengano direttamente dal reato associativo, Cass. pen. sez. I, ord. n. 47221/2013, in questa *Dir. pen. cont.*, 20 gennaio 2014, con nota di A. Galluccio, *Illecito reimpiego e associazione di tipo mafioso: la parola passa alle Sezioni Unite*.

tori con cui l'associazione le realizza[47]. In questo senso, del resto, si è espressa recentemente anche parte della giurisprudenza, che ha radicato il *principium individuationis* dell'associazione mafiosa nel fatto che essa sia suscettibile «di produrre per sé reddito/provento illecito, a differenza del reato di associazione per delinquere *ex* art. 416 c.p., che invece agevola la commissione dei reati fine, essi solo fonte dei possibili redditi/proventi illeciti, per la cui produzione è allora indispensabile, appunto, la consumazione di un autonomo, e diverso, reato »[48].

Ora, venendo più specificamente alle interrelazioni con il riciclaggio, il punto di partenza obbligato dell'analisi non può che fondarsi sul concetto di "provenienza" dell'oggetto materiale del reato[49]: essendo, infatti, il legame genetico del provento riciclato con il reato fonte a giustificare l'applicazione della clausola di riserva, qualora si ritenesse il bene ripulito proveniente direttamente dall'associazione – senza il *medium* costituito da uno specifico delitto-fine – dovrebbe imporsi quest'ultima quale unica fattispecie applicabile all'associato-riciclatore, emarginando ulteriormente (anche per la frequenza con cui, nel presente momento storico, soprattutto l'art. 416 c.p. è contestato) il già marginale reato di cui all'art. 648 *bis* c.p.[50].

Ciò premesso, iniziando dall'*associazione comune*, due paiono i (peraltro scontati) punti fermi, a fronte di un insidioso e particolarmente rilevante profilo di permanente spaccatura tra una parte della dottrina, da un lato, e la giurisprudenza dominante (in ciò supportata da un diverso filone dottrinario), dall'altro.

È in primo luogo senz'altro pacifica (e solo per affinità tematica rilevante in questa sede) la configurabilità di un'associazione per delinquere finalizzata unicamente alla commissione di una serie indeterminata di delitti di riciclaggio[51]: si tratta infatti dei casi in cui la *societas sceleris* è "istituzionalmente" (e spesso professionalmente) orientata solo alla ripulitura di denaro sporco. Specularmente, non v'è alcun dubbio che non potrà essere chiamato a rispondere di riciclaggio – nell'ambito di un'associazione preordinata alla realizzazione di una molteplicità eterogenea di delitti-fine – l'associato che abbia già contribuito a commettere il reato scopo, presupposto del riciclaggio[52].

Apparentemente più problematica si mostra la fattispecie in cui l'associato per delinquere, senza aver concorso nei delitti fine, produttivi di un utile economico, abbia poi realizzato condotte di riciclaggio di tale illecito provento: il caso tuttavia è più semplice di quanto sembri[53], non facendosi questione di imputare surrettiziamente ad una stessa persona la responsabilità per il reato presupposto (associazione per delinquere) e per il successivo riciclaggio. In tal caso, infatti, il reato fonte deve essere individuato nei delitti fine, in cui l'agente non ha concorso, e non già nell'associazione per delinquere, poiché è evidente che dalla semplice strutturazione di un apparato organizzativo rilevante *ex* art. 416 c.p. – che in sé si connota soltanto come

[47] Sull'associazione di stampo mafioso, per tutti (e per gli ulteriori, necessari riferimenti): G. Borrelli, *Art. 416* bis, in G. Lattanzi – E. Lupo (a cura di), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. IX, *I delitti contro l'ordine pubblico e i delitti contro l'incolumità pubblica*, Milano, 2010, pp. 140 e ss. (e, sui rapporti con l'art. 416 c.p., pp. 151 e ss.).

[48] Così Cass. pen. sez. VI, n. 25633/2012, cit.

[49] In tal senso anche A. Castaldo – M. Naddeo, *Il denaro sporco*, cit., pp. 96 e ss.

[50] E ciò ancor più laddove si allarghino le maglie del concorso c.d. "esterno" nei reati associativi: con specifico riguardo al riciclaggio: G. Morgante, *Riflessioni su taluni profili problematici*, cit., p. 2519.

[51] Di "associazione di riciclaggio" parla, in questi casi, G. Travaglino, *Riciclaggio: concorso di persone e di reati*, cit., p. 760.

[52] Altra questione, che qui può essere soltanto accennata, attiene alla ipotizzabilità del concorso in un singolo reato fine, per ciò solo, di quei soggetti che rivestono lo "status" di promotore o organizzatore (e più in generale di "vertice"), o financo di partecipe, dell'associazione: per una panoramica degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, e volendo sottolineare che non sembrano ammissibili impropri automatismi o presunzioni, si veda, per tutti: G. Borrelli, *Art. 416*, in G. Lattanzi – E. Lupo (a cura di), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. IX, *I delitti contro l'ordine pubblico e i delitti contro l'incolumità pubblica*, Milano, 2010, pp. 108 e ss.

[53] Su posizioni favorevoli alla responsabilità, in questo caso, per associazione per delinquere e per riciclaggio si attesta la giurisprudenza dominante (anche in relazione all'art. 416 *bis* c.p.): in tal senso, da ultimo, Cass. pen. sez. II, n. 27292/2013, cit.; Cass. pen. sez. I, n. 40354/2011, in *Banca dati Dejure*; Cass. pen. sez. V, n. 30582/2009, cit.; Cass. pen. sez. II, n. 40793/2005, in *Banca dati Dejure*; Cass. pen. sez. II, n. 10582/2003, in *Cass. Pen.*, 2005, p. 1265. *Contra* (sulla sola associazione di stampo mafioso): Cass. pen. sez. VI, n. 25633/2012, cit. In dottrina, per la soluzione favorevole alla doppia punibilità: A. Castaldo – M. Naddeo, *Il denaro sporco*, cit., p. 101 (anche se apparentemente riferito all'art. 416 *bis* c.p.); G. Donadio, *Art. 648* bis, cit., p. 880; (senza distinguere tra art. 416 e art. 416 *bis* c.p.) M. Naddeo – D. Montemurro, *Autoriciclaggio e teoria degli insiemi*, cit., p. 352; P. Magri, *I delitti di riciclaggio e reimpiego*, cit., p. 478; G. Morgante, *Riflessioni su taluni profili problematici*, cit., p. 2516; *Contra*: G. Insolera, *Prevenzione e repressione*, cit., p. 157; C. E. Paliero, *Il riciclaggio nel contesto societario*, cit., pp. 93-94; A. Mangione, *Mercati finanziari e criminalità organizzata*, cit., p. 1142; (solo in caso di sussistenza di uno stretto vincolo funzionale tra reato presupposto associativo e riciclaggio) V. B. Muscatiello, *Associazione per delinquere e riciclaggio*, cit., pp. 145 e ss., analogamente a M. Zanchetti, *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, cit., pp. 355 e ss. e a L. D. Cerqua, *Il delitto di riciclaggio*, cit., pp. 61-62.

"contenitore di mezzi", idonei, in vista di fini delittuosi[54] – non potrebbe scaturire quel sostrato economico (illecito) minimo potenzialmente suscettibile di riciclaggio[55].

Diverso discorso va svolto per l'*associazione di stampo mafioso*, in combinazione con la quale, invero, il riciclaggio, come da ultimo autorevolmente riconosciuto dalle Sezioni Unite della Suprema Corte, non sembra presentare (almeno in linea tendenziale) alcuno spiraglio applicativo[56]. E ciò per un duplice ordine di ragioni, entrambe di per sé assorbenti. Anzitutto, come accennato poc'anzi, è lo stesso modello di tipicità dell'associazione in parola a risultare teleologicamente orientato, fra l'altro, all'acquisizione diretta o indiretta del controllo o della gestione di attività economiche, autorizzazioni, concessioni, appalti e servizi pubblici[57], e dunque, più in generale, a connotarne le relative condotte costitutive quali fonti di proventi illeciti potenzialmente riciclabili: ciò che invero trova conferma nello stesso ordito dell'art. 416 *bis* c.p., laddove, al comma 7, il legislatore ha tratteggiato una speciale ipotesi di confisca obbligatoria (altrimenti del tutto inutile) delle cose che costituiscono il prodotto, il profitto o il prezzo del reato associativo[58]. In secondo luogo, l'inammissibilità del concorso di reati trova sostegno nel disposto del comma 6 dell'art. 416 *bis* c.p., che enuclea una specifica circostanza aggravante per i casi in cui gli associati si servano dei proventi delittuosi per assumere o mantenere il controllo delle attività economiche anzidette. Ora, benché parte della dottrina[59] opini diversamente[60], la previsione dell'aggravante testimonia la volontà legislativa di « punire proprio quel tipo di attività che più propriamente va sotto il nome di riciclaggio »[61], come suggerisce il fatto che non necessariamente i proventi illeciti reimmessi nel circuito economico devono provenire da delitti compiuti dall'organizzazione mafiosa: e la specialità[62] di questa disposizione rispetto a quella dell'art. 648 *bis* c.p. sbarra definitivamente la strada ad un contestuale addebito per

[54] Giustamente si è parlato, in dottrina, quanto all'oggettività della fattispecie di cui all'art. 416 c.p., di « struttura criminosa suscettibile di molteplici e indefinite utilizzazioni », elemento che vale a distinguerla dal semplice concorso di persone delineato dall'art. 110 c.p.: in proposito, G. Borrelli, *Art. 416* bis, cit., p. 57.

[55] Si osservi, peraltro, che anche in questa sede emergono, *mutatis mutandis*, gli stessi problemi già segnalati in tema di distinzione tra concorso nel reato base e responsabilità (unicamente) per riciclaggio: è evidente, infatti, che si potrebbe sostenere – alla luce dell'odierna fisionomia del concorso morale – non estraneo alla realizzazione del delitto presupposto, ad es., il professionista incardinato nell'associazione criminale che, pur non commettendolo materialmente, presti sistematicamente, sulla base di un previo accordo, le proprie competenze per riciclare i proventi illeciti.

[56] Il testo dell'informazione provvisoria diffusa dalla Cassazione è pubblicato su Dir. pen. cont., 28 febbraio 2014. Nelle motivazioni, invero, si legge (p. 24) che « il partecipe del sodalizio di stampo mafioso che, nella ripartizione dei ruoli e delle funzioni all'interno dell'associazione, abbia il compito di riciclare o reimpiegare la *ricchezza prodotta dall'organizzazione in quanto tale*, non è punibile per autoriciclaggio, in quanto oggetto della sua condotta sono il denaro, i beni, le altre utilità provenienti dall'associazione cui egli fornisce il suo consapevole e volontario contributo » (corsivi nostri). Sulla base di tale presupposto, peraltro, si rivela del pari condivisibile – con opportune precisazioni – l'ulteriore principio enucleato, solo apparentemente in via di eccezione, dalla Suprema Corte (p. 23), laddove afferma la punibilità dell'associato *ex* art. 416 *bis* c.p. anche per il delitto di riciclaggio, allorquando i beni o il denaro oggetto di ripulitura provengano unicamente da un delitto scopo dell'associazione, alla cui realizzazione l'associato stesso non abbia partecipato: in tale evenienza, a ben vedere, devono recuperarsi le coordinate teoriche già delineate per l'associazione comune, cui in effetti – in questa particolare situazione – la consorteria di stampo mafioso merita di essere parificata (salvo però, beninteso, il caso in cui l'associato "ripulisca" il denaro o i beni attraverso condotte tipiche ai sensi del comma 6 dell'art. 416 *bis* c.p., rendendo così applicabile – in quanto norma *in parte qua* speciale, come si vedrà appena *infra*, rispetto all'art. 648 *bis* c.p. – soltanto tale circostanza aggravante in luogo della fattispecie incriminatrice del riciclaggio).

[57] Tant'è che autorevole dottrina ha opportunamente evidenziato come, accanto all'ordine pubblico, l'art. 416 *bis* c.p. tuteli anche la libertà di concorrenza e la legalità dell'agire economico: cfr. in tal senso F. Bricola, *Premessa al Commento della nuova legge antimafia*, in *Leg. Pen.*, 1983, pp. 237 e ss.

[58] In tal senso, in dottrina: F. Turone, *La lotta contro il riciclaggio*, in L. Violante (a cura di), *Mafia e antimafia. Rapporto '96*, Bari, 1996, p. 145.

[59] Favorevoli al cumulo di reati, tra gli altri: G. Donadio, *Art. 648* bis, cit., p. 880; G. Travaglino, *Riciclaggio: concorso di persone e di reati*, cit., pp. 758 e ss.; S. Faiella, *Riciclaggio e crimine organizzato transnazionale*, Milano, 2009, p. 340.

[60] E quantunque la stessa giurisprudenza minoritaria che esclude il concorso di reati tra gli artt. 416 *bis* e 648 *bis*/648 *ter* non valorizzi questo argomento: cfr. Cass. pen. sez. VI, n. 25633/2012, cit.

[61] Così G. Pecorella, voce *Denaro (sostituzione di)*, cit., p. 378, che tuttavia non esclude in via di principio la congiunta operatività degli artt. 416 *bis* comma 6 e dell'art. 648 *bis* c.p.

[62] Specialità che è confermata, oltre che dalla natura circostanziale della previsione del comma 6 dell'art. 416 *bis* c.p., anche dalla più severa cornice sanzionatoria ivi contemplata: analogamente, A. Castaldo – M. Naddeo, *Il denaro sporco*, cit., pp. 105-106, che, tuttavia, nonostante siffatte premesse, sembrano infine (cfr. pp. 108-109) optare per la congiunta applicabilità della fattispecie associativa mafiosa e del riciclaggio.

riciclaggio[63].

Molteplici declinazioni problematiche, in definitiva, caratterizzano l'innesto della clausola di riserva vuoi con istituti di parte generale, vuoi con peculiari figure delittuose di parte speciale: difficoltà che, naturalmente, non possono essere sottostimate in vista di un eventuale ripensamento globale della fattispecie di riciclaggio.

4. Gli sporadici interventi della giurisprudenza in tema di autoriciclaggio: una condivisibile tendenza al rispetto della legalità.

Tornando a restringere il campo al perimetro del (solo) riciclaggio, merita evidenziare che il formante giurisprudenziale, nelle poche occasioni in cui ha avuto modo di occuparsi espressamente del problema[64], si è orientato verso interpretazioni marcatamente (e condivisibilmente) letterali e in astratto rigorose dell'*incipit* dell'art. 648 *bis* c.p. Così facendo, la giurisprudenza – specie di legittimità – ha, in via di principio, di volta in volta neutralizzato, per un verso, i tentativi giuridici di limitazione, per l'altro, le tentazioni metagiuridiche di aggiramento della clausola di riserva: seppur, per fortuna solo sporadicamente, non traendo – dalle pur corrette premesse teoriche – i logici precipitati operativi nel risolvere il merito delle questioni sottoposte al suo vaglio.

Due arresti, su tutti, meglio di altri evidenziano questo atteggiamento "*doubleface*" della giurisprudenza.

Emblematico dell'atteggiamento rigoristico e concettualmente nitido è l'arresto della II sezione della Suprema Corte, n. 9226/2013, che lucidamente riassume le ragioni dell'insostenibilità – a diritto invariato – di qualsivoglia breccia argomentativa per recuperare a punizione condotte tipiche di autoriciclaggio: in quel caso, il duplice *escamotage* per bypassare le colonne d'Ercole del privilegio di autoriciclaggio era stato individuato dall'accusa, da un lato, nella contestazione – all'autore del reato presupposto (bancarotta) che aveva successivamente riciclato i proventi inducendo un terzo a sottoscrivere una polizza – del combinato disposto degli artt. 48 e 648 *bis* c.p.[65], dall'altro, nella esigenza tutta sostanziale di non garantire una "patente di impunità"[66] per condotte (quelle di autoriciclaggio, appunto) di significativo disvalore ed elevato allarme sociale. Inequivocabile la risposta della Corte, al termine di una articolata confutazione delle predette suggestioni argomentative, condensata in un granitico principio di diritto: «*colui che ha commesso il reato presupposto non può essere ritenuto punibile anche del reato di riciclaggio*, essendo del tutto irrilevanti le modalità – sia che esse siano dirette sia che lo siano, *ex* art. 48 c.p., per interposta persona per avere l'agente tratto in inganno un terzo autore materiale del delitto – con le quali sostituisca o trasferisca il provento del reato presupposto: *questo è quanto dispone l'art. 648 bis c.p., e a tale norma occorre attenersi, almeno finché non venga introdotto il reato di autoriciclaggio*»[67]. Insomma: la primazia del principio di legalità impone di

[63] Per questa tesi, in dottrina: L. D. Cerqua, *Il delitto di riciclaggio*, cit., p. 63; V. Plantamura, *Riciclaggio, impiego di denaro, beni o utilità*, cit., p. 882 (argomentando in base alla violazione, altrimenti, del *ne bis in idem* sostanziale); (per la correttezza formale della tesi, e le sue criticità sul piano sostanziale) R. Razzante, *Il riciclaggio nella giurisprudenza*, cit., pp. 109-110. In senso contrario si è schierata la (almeno finora) dominante giurisprudenza di legittimità: così ad es. – dopo le sentenze di Cass. pen. sez. I, n. 1439/2009, in *Cass. Pen.*, 2009, p. 4718, e Cass. pen. sez. I, n. 2451/2009, in *Cass. Pen.*, 2010, p. 2680, con nota di L. La Greca, *Il riciclaggio dei proventi delle associazioni mafiose* – Cass. pen. sez. I, n. 40354/2011, cit., pur riconoscendo che il reato di cui all'art. 416 *bis* c.p. può di per sé generare proventi illeciti oggetto di successivo riciclaggio, ha affermato che «il concorrente nel delitto associativo di tipo mafioso, non essendovi tra il delitto di riciclaggio e quello di associazione per delinquere alcun rapporto di "presupposizione" e non operando, pertanto, la clausola di riserva – "fuori dei casi di concorso nel reato" – che qualifica la disposizione incriminatrice del delitto di riciclaggio, può essere chiamato a rispondere del delitto di riciclaggio dei beni provenienti dall'attività associativa, [anche] quando il delitto presupposto sia costituito dallo stesso reato associativo di per sé idoneo a produrre proventi illeciti, rientrando tra gli scopi dell'associazione anche quello di trarre vantaggi o profitti da attività economiche lecite per mezzo del metodo mafioso ». Tali conclusioni, in sé apodittiche e contrastanti con le stesse premesse da cui muovono, sono state recentemente rivisitate dalla più volte citata Cass. pen. sez. VI, n. 25633/2012, che ha dato origine al contrasto giurisprudenziale della cui soluzione, come accennato, sono state investite le Sezioni Unite.

[64] Per gli arresti più significativi, tra i più recenti, si rinvia a *supra*, nota 6.

[65] In ipotesi accusatoria, l'art. 48 c.p., che veicolerebbe un titolo autonomo di responsabilità per il *decipiens*, avrebbe impedito di applicare a quest'ultimo cause di non punibilità regolate da singole fattispecie incriminatrici (quali, nella specie, quella di cui all'art. 648 *bis* c.p.) ovvero dalla disciplina generale del concorso di persone nel reato.

[66] Locuzione impiegata dal Pubblico Ministero ricorrente: cfr. Cass. pen. sez. II, n.9226/2013, cit., p. 828.

[67] Così ancora Cass. pen. sez. II, n.9226/2013, cit., p. 828 (corsivi nostri).

accantonare ogni considerazione di opportunità politico-criminale di incriminazione dell'autoriciclaggio, per restare fedeli al diritto vigente ed alle scelte – più o meno condivisibili che siano – trasfuse nella lettera dell'odierno art. 648 *bis* c.p.

Conclusioni di principio non difformi – nell'economia di una sentenza alquanto opinabile nei suoi approdi ultimi – suggerisce un altro arresto della giurisprudenza di legittimità, che però, con uno iato logico-argomentativo, di fatto annulla gli assunti da cui (giustamente) era partito. Nel dettaglio, la Corte ha optato per l'ammissibilità del sequestro preventivo (finalizzato alla successiva confisca) di quote sociali di un soggetto che, autore di svariati reati presupposto, aveva poi riciclato, attraverso la struttura societaria (della quale deteneva la partecipazione maggioritaria), i proventi tratti dai medesimi[68]. Ebbene, il prologo argomentativo da cui muove la sentenza è senz'altro condivisibile: « sul piano sostanziale (…) deve ammettersi che già il solo spostamento della titolarità del denaro dall'autore del reato presupposto alla società consente la creazione di un primo schermo tra il denaro e la sua provenienza, sicchè quando questa operazione si verifichi con la complicità di terzi estranei alla commissione del reato presupposto costituisce essa stessa riciclaggio, *ovviamente ascrivibile solo a quei terzi* »[69]. Sennonoché, da queste lucide premesse non vengono tratte le inevitabili conseguenze: essendo la sentenza di condanna un presupposto indefettibile della misura di sicurezza di cui all'art. 240 c.p. (nonché della previsione speciale di confisca di cui all'art. 648 *quater* c.p.), e non potendo in alcun modo l'autoriciclatore vedersi condannato *ex* art. 648 *bis* c.p., viene meno la legittimità della misura cautelare reale tratteggiata dall'art. 321 comma 2 c.p.p. Non possono militare in senso opposto, ed invero si mostrano del tutto inconferenti, le considerazioni (peraltro imposte dal tenore dei ricorsi difensivi) della Corte circa una supposta non estraneità dell'autoriciclatore al reato di riciclaggio (perché, pur non essendo punibile, « sicuramente non vi è estraneo»[70]), né la qualificazione della società come "cosa destinata alla commissione del reato". Resta pur sempre il macigno, infatti, della non punibilità dell'autoriciclatore, e dunque dell'illegittimità del sequestro di beni di quest'ultimo in relazione a fatti di riciclaggio da lui compiuti[71]: ad imporlo è il principio di legalità, declinato in una lettura degli artt. 648 *bis* e 240 (e del pari, ora, dell'art. 648 *quater*) c.p. in coerente combinato disposto tra loro.

Sullo sfondo, ad ogni modo, la tendenza giurisprudenziale rimane nel senso di un ossequio reale alla lettera della clausola di riserva: ossequio che singole, apparenti eccezioni quali quella testè esaminata non paiono al momento idonee ad incrinare.

5. Uno sguardo oltre confine: cenni su riciclaggio e autoriciclaggio nei sistemi di *civil* e di *common law*.

Prima di addentrarsi nell'insidioso terreno delle prospettive politico-criminali, e dunque di lasciare la terraferma del diritto positivo per valutare l'opportunità di un suo (più o meno prossimo) superamento, non è forse superfluo aggiungere – quale ultimo tassello del *puzzle* – un fugace accenno alle soluzioni elaborate in altre esperienze giuridiche comparabili con quella italiana. Un'analisi di questo genere, pur sommaria, si mostra invero utile sotto un duplice profilo: da un lato, "in negativo", per appurare se è realmente esatto, come una frequente *vulgata* sembra assumere, che l'Italia (e il suo beneficio di autoriciclaggio) sia un'eccezione – o peggio ancora: un ventre molle[72] – nel panorama internazionale; dall'altro, per prendere – eventualmente – spunto, nel formulare ipotesi di lavoro in vista di una rivisitazione della clausola di riserva, dalle figure incriminatrici di (auto)riciclaggio tratteggiate in altri sistemi, rilette attra-

[68] Il caso è tratto da Cass. pen. sez. II, n. 6561/2009, cit.: la decisione, in alcuni suoi passaggi, è riportata anche da A. Castaldo – M. Naddeo, *Il denaro sporco*, cit., pp. 88-89, e da R. Razzante, *Il riciclaggio nella giurisprudenza*, cit., pp. 99-101.

[69] Così Cass. pen. sez. II, n. 6561/2009, cit. (corsivo nostro).

[70] *Ibidem*.

[71] Altro sarebbe stato, naturalmente, il discorso per eventuali ulteriori quote sociali appartenenti a soggetti che, estranei ai reati presupposto, avessero contribuito a riciclarne i proventi attraverso lo schermo societario: è evidente infatti che in questo caso le relative partecipazioni sociali ben avrebbero potuto essere oggetto di sequestro, in applicazione degli artt. 321 c.p.p. e 648 *bis* (e oggi dell'art. 648 *quater*) c.p.

[72] In dottrina, ad es., in riferimento alla sopravvivenza della clausola di riserva si è parlato di « odioso, quanto insostenibile, privilegio », di una lacuna punitiva che « fa del nostro ordinamento, da sempre antesignano nella lotta al riciclaggio, una sorta di "paradiso legale" per gli autoriciclatori »: così R. Razzante, *Il riciclaggio nella giurisprudenza*, cit., p. 102.

verso le lenti della effettività e del rispetto delle garanzie costituzionali[73].

Muovendo dal primo profilo, l'incriminazione dell'autoriciclaggio appare un dato tradizionalmente acquisito e radicato soprattutto nei sistemi di *common law*. Tanto negli Stati Uniti[74] quanto nel Regno Unito[75], e sulla stessa scia in Australia[76], nessuna delle fattispecie di riciclaggio contempla meccanismi quali la clausola di riserva del nostro art. 648 *bis* c.p.: e tuttavia, l'esercizio discrezionale dell'azione penale che caratterizza tali sistemi rende assai più flessibile lo stesso apparato delle sanzioni, rendendone perciò difficile l'importazione in un ordinamento come quello italiano[77].

Ma anche alcuni ordinamenti continentali seguono la stessa direttrice politico-criminale dei sistemi anglosassoni; così, ad esempio, la Spagna e il Portogallo: se l'art. 301 del codice penale spagnolo aggiunge al sintagma "precedente attività delittuosa" la precisazione espressa "*commessa da lui stesso o da terzi*"[78], l'art. 368-A comma 2 del codice portoghese[79] punisce chi, allo scopo di dissimularne l'origine illecita, "sostituisce, trasferisce, facilita o agevola qualsiasi operazione di sostituzione o trasferimento dei proventi [dei reati elencati al comma 1], *per se stesso o per un terzo* (…), al fine di dissimulare la loro origine illecita"[80].

[73] Seppur, ovviamente, nei limiti che sono concessi dall'economia del presente lavoro. In generale, per una (più o meno ampia) analisi comparatistica dei vari sistemi giuridici più affini al nostro: M. De Feo, *Il riciclaggio dei proventi illeciti: le esperienze statunitensi*, in E. Palombi (a cura di), *Il riciclaggio dei proventi illeciti*, cit., p. 69; E. Bagicalupo, *Studio comparativo del diritto penale degli Stati membri della UE sulla repressione del riciclaggio o "lavaggio" di denaro illecitamente ottenuto*, *ivi*, p. 99 (e in particolare pp. 105 e ss.); K. Volk, *Aspetti dogmatici e politico-criminali*, cit., p. 339; V. Manes, *Il riciclaggio dei proventi illeciti*, cit., pp. 52 e ss.; S. Seminara, *I soggetti attivi del reato di riciclaggio*, cit., pp. 238 e ss.; G. Travaglino, *Riciclaggio: storia, comparazione, struttura* , cit., pp. 229 e ss.; P. Bernasconi, *Riciclaggio, le soluzioni svizzere*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 1990, p. 159; R. Sansonetti, *La legislazione svizzera di contrasto al riciclaggio di denaro*, in *Cass. Pen.*, 1998, p. 2551; M. Maiwald, *Profili problematici del riciclaggio in Germania e in Italia*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1999, p. 369; P. Conte, *La lotta al riciclaggio del denaro di provenienza illecita nel diritto penale francese*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 1995, p. 407. Spunti anche in: R. Razzante, *Il riciclaggio nella giurisprudenza*, cit., p. 93. Con specifico riguardo al diritto europeo: A. Pioletti, *Il riciclaggio*, cit., p. 169. Sulla recente esperienza argentina, inoltre: A. Castaldo – M. Naddeo, *La normativa comunitaria e italiana sul riciclaggio*, cit., pp. 313 e ss.

[74] Negli Stati Uniti, il testo normativo fondamentale in materia resta il "*Money Laundering Control Act*" del 1986, che prevede distinte ipotesi di riciclaggio in senso lato (precisamente: il § 1956 il § 1957), che rispettivamente puniscono: I) § 1956 ("*laundering of monetary instruments*"): "*Whoever, knowing that the property involved in a financial transaction represents the proceeds of some form of unlawful activity, conducts or attempts to conduct such a financial transaction which in fact involves the proceeds of specified unlawful activity — (A) (i) with the intent to promote the carrying on of specified unlawful activity; or (ii) with intent to engage in conduct constituting a violation of section 7201 or 7206 of the Internal Revenue Code of 1986; or (B) knowing that the transaction is designed in whole or in part— (i) to conceal or disguise the nature, the location, the source, the ownership, or the control of the proceeds of specified unlawful activity; or (ii) to avoid a transaction reporting requirement under State or Federal law, shall be sentenced to a fine of not more than $500,000 or twice the value of the property involved in the transaction, whichever is greater, or imprisonment for not more than twenty years, or both. (…). (2) Whoever transports, transmits, or transfers, or attempts to transport, transmit, or transfer a monetary instrument or funds from a place in the United States to or through a place outside the United States or to a place in the United States from or through a place outside the United States — (A) with the intent to promote the carrying on of specified unlawful activity; or (B) knowing that the monetary instrument or funds involved in the transportation, transmission, or transfer represent the proceeds of some form of unlawful activity and knowing that such transportation, transmission, or transfer is designed in whole or in part — (i) to conceal or disguise the nature, the location, the source, the ownership, or the control of the proceeds of specified unlawful activity; or (ii) to avoid a transaction reporting requirement under State or Federal law, shall be sentenced to a fine of not more than $500,000 or twice the value of the monetary instrument or funds involved in the transportation, transmission, or transfer, whichever is greater, or imprisonment for not more than twenty years, or both. (…). (3) Whoever, with the intent — (A) to promote the carrying on of specified unlawful activity; (B) to conceal or disguise the nature, location, source, ownership, or control of property believed to be the proceeds of specified unlawful activity; or (C) to avoid a transaction reporting requirement under State or Federal law, conducts or attempts to conduct a financial transaction involving property represented to be the proceeds of specified unlawful activity, or property used to conduct or facilitate specified unlawful activity, shall be fined under this title or imprisoned for not more than 20 years, or both. (…)*"; II) § 1957 ("*engaging in monetary transaction in property derived from specified unlawful activity*"): *"(a)* Whoever, in any of the circumstances set forth in subsection (d), knowingly engages or attempts to engage in a monetary transaction in criminally derived property of a value greater than $10,000 and is derived from specified unlawful activity, shall be punished as provided in subsection (b). *(…)*". In tema, si veda anche M. Zanchetti, *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, cit., pp. 176 e ss.

[75] In Gran Bretagna la repressione del riciclaggio è affidata al *Proceeds of Crime Act* del 2002, che prevede (sezioni 327–340) tre distinte ipotesi di riciclaggio, che puniscono: a) le condotte finalizzate a occultare, trasformare, convertire o trasferire i proventi illeciti allo scopo di consentirne la circolazione attraverso i normali canali di trasferimento della ricchezza; b) gli accordi per compiere tali operazioni; c) l'acquisizione e il possesso di beni di origine illecita.

[76] Sulla legislazione australiana in tema di riciclaggio, nella dottrina italiana: M. Zanchetti, *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, cit., pp. 170 e 324 e ss.

[77] Si pensi, ad es., al noto caso "Wackovia", banca americana accusata di non aver vigilato sulle (se non proprio di aver concorso con le) "*casas de cambio*" messicane responsabili del riciclaggio dei proventi del narcotraffico messicano: a seguito di trattative con il dipartimento di Giustizia degli Stati Uniti, l'ente ha accettato di versare una somma pari a 160 milioni di dollari, a fronte della decadenza di tutte le accuse nei confronti suoi e dei suoi funzionari: in un caso di tale, manifesta gravità, quindi, non vi fu alcun processo penale. Per una descrizione dettagliata della vicenda, si vedano P. Grasso – E. Bellavia, *Soldi sporchi*, Milano, 2011, pp. 57 e ss.

[78] Per i necessari riferimenti nella dottrina spagnola, si veda S. Seminara, *I soggetti attivi del reato di riciclaggio*, cit., p. 234 (in particolare nota 7).

[79] Analogamente, l'art. 505 del codice penale belga.

[80] Ovvero di evitare che l'autore o i concorrenti nei reati presupposto siano penalmente perseguiti. Per i necessari riferimenti nella dottrina portoghese si veda nuovamente S. Seminara, *I soggetti attivi del reato di riciclaggio*, cit., p. 234 (in particolare nota 8).

Non sempre, però, la rilevanza penale dell'autoriciclaggio è così pacifica; anzi, il panorama europeo assume una morfologia piuttosto diversificata. Nell'ordinamento francese, fino al 2004 era del tutto scontato che il concorrente nel reato presupposto non potesse essere punito per i fatti di riciclaggio da lui compiuti sui proventi della sua previa attività delittuosa: e il fatto che oggi si possa giungere a diverse conclusioni non è dovuto ad una modifica della lettera dell'art. 324–1 del *code pénal*, ma ad una "innovativa" (ma sarebbe forse il caso di dire "creativa") sentenza della Corte di Cassazione[81], peraltro oggetto di vivaci perplessità nella dottrina francese[82]. Analoga frattura tra dogmatica e giurisprudenza si è manifestata in Svizzera, dove l'art. 305 *bis* del codice penale – silente sul punto – è stato interpretato dal Tribunale federale nel senso di non precludere la punibilità dell'autoriciclaggio, a fronte di opposte soluzioni dottrinarie improntate all'applicazione del principio di consunzione[83]: in un contesto, comunque, connotato da una tradizionale resistenza a considerare taluni illeciti (in particolare quelli fiscali) come veri e propri reati e dunque quali potenziali presupposti del riciclaggio (resistenza che, tuttavia, sembra ora cedere di fronte alle pressioni della Comunità Internazionale). Dove invece – in aderenza all'impostazione italiana – la legge stessa sbarra la strada alla punibilità dell'autoriciclatore è nei sistemi di lingua tedesca, vale a dire in Austria[84] e soprattutto in Germania. In proposito, il § 261 *StGB* (norma peraltro oggetto, sotto altri profili, di serrate critiche in dottrina[85]), al comma 9, è chiarissimo: "non è punito (…) colui che è punibile per la sua partecipazione al reato presupposto"; ed anzi, l'attuale formulazione della clausola di riserva – che riecheggia evidentemente quella di cui all'art. 648 *bis* c.p. – è dovuta ad una modifica del 1998, calibrata proprio per scongiurare quei tentativi di aggiramento che la giurisprudenza tedesca stava compiendo nell'interpretare la precedente versione della norma[86].

La clausola di riserva italiana è dunque in buona compagnia, così come la più generale ineffettività delle figure delittuose di riciclaggio, comune all'esperienza di diversi sistemi europei[87] (a prescindere dalle singole opzioni di politica criminale sul terreno dell'autoriciclaggio), che – come ha giustamente osservato la dottrina – è il segnale «di un malessere ben più profondo, e cioè di una "crisi di adattamento" del sistema punitivo e del suo messaggio culturale alle strutture socio-economiche delle odierne democrazie capitalistiche »[88].

Insomma: l'incriminazione dell'autoriciclaggio non è affatto un articolo di fede, né una necessità immanente al sistema penale; molto più semplicemente, è una questione che ciascun legislatore risolve secondo fisiologiche e discrezionali dinamiche di opportunità politico-criminale, ininfluente in quanto tale sulla complessiva efficienza sanzionatoria o sulla globale efficacia dissuasiva dell'apparato repressivo. Sullo sfondo – irrisolto – resta poi un nodo ulte-

[81] Si tratta della sentenza del 14 gennaio 2004, n° 03-81.165, la cui massima è reperibile sul sito della stessa *Cour de Cassation* (www.courdecassation.fr).

[82] Che è stata – come del resto la giurisprudenza precedente al 2004 – sempre compatta nell'escludere, pacificamente, la configurabilità del reato di riciclaggio per l'autore del reato presupposto: per tutti, M. Veron, *Droit penal special*, VIII ed., Paris, 2001, pp. 268 e ss. Riferimenti anche in P. Conte, *La lotta al riciclaggio*, cit., pp. 417 e ss.

[83] Si vedano, tra gli altri: J. B. Ackermann, *Geldwäscherei – Money laundering*, Zurich, 1992, p. 206; U. Cassani, *Crime ou delits contre l'administration de la justice*, in M. Schubarth (a cura di), *Commentaire du droit penal suisse*, Berne, 1996, pp. 76 e ss. In proposito, nella dottrina italiana: V. Manes, *Il riciclaggio dei proventi illeciti*, cit., p. 58. Da ultimo, sui lineamenti della repressione del riciclaggio nel sistema svizzero, P. Bernasconi, *Avvocato, dove vado? Segreto bancario svizzero e globalizzazione*, Bellinzona, 2013, pp. 70 e ss.

[84] Il par. 165.1 del codice penale austriaco richiede espressamente l' "altruità" del reato da cui proviene l'oggetto materiale della condotta: riferimenti in S. Seminara, *I soggetti attivi del reato di riciclaggio*, cit., p. 233.

[85] Per tutti, si vedano le ampie ed articolate critiche di K. Volk, *Aspetti dogmatici e politico-criminali*, cit., pp. 340 e ss., che peraltro – salve naturalmente le peculiarità della norma incriminatrice tedesca (su tutti, l'affiancamento, alla tradizionale fattispecie dolosa, di una fattispecie costruita sulla colpa grave nel non riconoscere la provenienza illecita del bene) – sembrano ricalcare le osservazioni prospettate dalla dottrina italiana rispetto all'art. 648 *bis* c.p., che si è tentato di sintetizzare *supra*, par. 1.

[86] In tal senso, M. Maiwald, *Profili problematici*, cit., p. 375.

[87] Così la dottrina italiana più attenta: A. Mangione, *Mercati finanziari e criminalità organizzata*, cit., p. 1106, secondo il quale l'ineffettività non è «una disfunzione circoscritta alla sola realtà italiana: l'analisi dei dati statistici (…) sembra piuttosto confermare come il giudizio negativo rappresenti una costante dell'esperienza applicativa dei singoli sistemi »; V. Manes, *Il riciclaggio dei proventi illeciti*, cit., p. 62, che richiama anche le osservazioni di C. Prittwitz, *Die Geldwäsche und ihre strafrechtliche Bekämpfung – oder: zum Einzug des Lobbysmus in die Kriminalpolitik*, in *StV*, 1993, pp. 498 e ss.

[88] Così ancora A. Mangione, *Mercati finanziari e criminalità organizzata*, cit., p. 1106, secondo il quale i nodi della crisi andrebbero individuati nell' "efficientismo funzionalista" che connota il tessuto normativo anti-riciclaggio, ed in particolare nei problemi suscitati dal coinvolgimento attivo degli intermediari (e dal loro ruolo) e nel carattere spesso altamente simbolico di cui sono imbevute numerose fattispecie penali. Una controprova empirica dell'assunto si può rinvenire nei modesti risultati che, nonostante le attese, ha prodotto l'ampliamento dei reati presupposto a tutti delitti non colposi, con conseguente (soltanto auspicato) superamento dei problemi probatori in ordine all'accertamento della provenienza del bene da uno specifico reato fonte: in argomento, anche per un parallelo con l'evoluzione tedesca, V. Manes, *Il riciclaggio dei proventi illeciti*, cit., pp. 66-67, che qualifica la riforma alla stregua di un «lampione per un ubriaco: utile ad appoggiarsi più che a illuminare ».

riore: il rispetto del principio di frammentarietà (e più in generale dello statuto costituzionale del diritto penale), che non ammette deroghe in nome di non meglio precisati (né empiricamente dimostrati) recuperi di effettività punitiva[89].

6. L'opportunità della scelta italiana: auspici o timori di superamento *de lege ferenda*?

Giunti al termine dell'indagine, è ora possibile tirare le somme, nella prospettiva di una futura (ri)costruzione della fattispecie di riciclaggio, sull'opportunità di un'amputazione della clausola di riserva, con contestuale ampliamento del cono di punibilità all'autoriciclatore.

Come le precedenti pagine lasciano forse trasparire, posta come alternativa secca (autoriciclaggio sì/autoriciclaggio no, a fattispecie invariata), la domanda merita senz'altro – ad avviso di chi scrive – risposta negativa[90].

Ciò per un duplice ordini di motivi, di carattere prettamente sistematico: l'uno riguardante le conseguenze applicative della riforma, l'altro i rimedi – già attivabili *de iure condito* – alla lamentata latitanza applicativa della norma incriminatrice. Sotto il primo profilo (e tralasciando le ambivalenti considerazioni in punto di eventuale maggiore effettività), con un'abrogazione *sic et simpliciter* della causa di non punibilità si determinerebbe un quasi automatico effetto moltiplicatore delle comminatorie di pena previste per ciascun delitto suscettibile di ingenerare proventi riciclabili, e dunque un aggravio repressivo draconiano[91] ed ingiustificato[92], alimentato dalla pressoché inevitabile commissione da parte dell'agente – una volta conseguito il provento del reato presupposto – di una delle condotte (in sé peraltro neutre quanto a disvalore intrinseco[93]) tipizzate dall'attuale formulazione dell'art. 648 *bis* c.p.[94]: ciò che in altre parole, come giustamente si è sottolineato, genererebbe «una congestionante metamorfosi; una sorta di processo pangenetico, mediante il quale ciascuna fattispecie di reato sarà in grado di gemmare un'ipotesi di riciclaggio »[95]. D'altronde, e venendo al secondo versante, spazi di manovra per il riciclaggio sono già ritagliabili – *immutato iure* – attraverso una più selettiva e penetrante limitazione (e conseguente recupero di tassatività) della nozione del contributo concorsualmente rilevante secondo il paradigma dell'art. 110 c.p.: è del tutto evidente, infatti, che quanto più si dilatano i contorni del *quid minimum* necessario per concorrere nel reato

[89] Sulla inammissibilità del perseguimento di una effettività "ad ogni costo", C. E. Paliero, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1990, p. 477.

[90] Per analoga impostazione, in dottrina: A. Castaldo – M. Naddeo, *La normativa comunitaria e italiana sul riciclaggio*, cit., p. 311; Id., *Il denaro sporco*, cit., pp. 249 e ss.; M. Naddeo – D. Montemurro, *Autoriciclaggio e teoria degli insiemi*, cit., pp. 337 e ss.; F. Giunta, *Elementi costitutivi del reato di riciclaggio*, cit., pp. 85-86; S. Seminara, *I soggetti attivi del reato di riciclaggio*, cit., pp. 235 e ss.; C. E. Paliero, *Il riciclaggio nel contesto societario*, cit., p. 92; V. Plantamura, *Tipo d'autore o bene giuridico*, cit., pp. 185 e ss., e Id., *Riciclaggio, impiego di denaro, beni o utilità*, cit., pp. 894 e ss. (con soluzione articolata: alla mancata soppressione della clausola nell'art. 648 *bis* c.p. dovrebbe accompagnarsi, secondo l'A., l'eliminazione dell'omologa clausola nell'ambito dell'art. 648 *ter* c.p., nonché, sempre in quest'ultima fattispecie, l'abrogazione della clausola di riserva rispetto agli artt. 648 e 648 *bis* c.p.). Esprime invece perplessità in proposito V. Manes, *Il riciclaggio dei proventi illeciti*, cit., p. 75. Articolata la posizione di G. Amato, *Una scelta ineccepibile*, cit., p. 77, secondo cui non andrebbe abolita la clausola di riserva, ma occorrerebbe piuttosto ampliare le possibilità di procedere alla confisca per equivalente del profitto dei reati presupposto caratterizzati dal conseguimento di un profitto illecito. Favorevoli, al contrario, alla abolizione del privilegio di autoriciclaggio, anche a tipicità e cornice sanzionatoria dell'art. 648 *bis* c.p. immutate: R. Razzante, *Il riciclaggio nella giurisprudenza*, cit., p. 93; G. Morgante, *Riflessioni su taluni profili problematici*, cit., p. 2516; M. Angelini, *Il reato di riciclaggio*, cit., p. 93; A. Cosseddu, *Riciclaggio: complessità di un "percorso" normativo*, cit., pp. 3650 e ss.; E. Rosi, *Ora basta: chi ricicla per sé va punito. No all'immunità patrimoniale del reo.* Self laundering *e sequestro preventivo: un caso riapre il dibattito*, in *Dir e Giust.*, 2006, n. 21, pp. 48 e ss.; (parz.) A. M. Dell'Osso, *Riciclaggio e concorso nel reato presupposto*, cit., pp. 1290-1291. Ritiene discutibile la scelta di escludere il modello cumulativo di punizione del riciclaggio rispetto ai reati presupposto anche G. A. De Francesco, *Internazionalizzazione del diritto e della politica criminale: verso un equilibrio di molteplici sistemi penali*, in *Dir Pen. e Proc.*, 2003, p. 8.

[91] Ancor più se si considera che, come ha messo in luce attenta dottrina, l'art. 648 *bis* c.p. è la disposizione che, tra le omologhe europee, prevede la cornice edittale più severa: in tema, S. Seminara, *I soggetti attivi del reato di riciclaggio*, cit., pp. 241-242.

[92] Circostanza evidenziata e tenuta nella dovuta considerazione dalla stessa Commissione Fiandaca (cfr. Relazione, cit., pp. 5-6), come meglio si vedrà più oltre.

[93] Sulla neutralità delle condotte di riciclaggio, sul terreno del disvalore del fatto, C. E. Paliero, *Il riciclaggio nel contesto societario*, cit., p. 93.

[94] Secondo parte della dottrina, la semplice eliminazione della clausola di riserva sortirebbe un esito «disastroso per la razionalità del sistema, anche alla luce della severità delle pene applicabili negli ordinamenti – come quello italiano – in cui per il reato continuato si applica la sanzione prevista per il reato più grave, aumentata fino al triplo (art. 81 comma 2 c.p.) »: così S. Seminara, *I soggetti attivi del reato di riciclaggio*, cit., p. 236.

[95] Così A. Castaldo – M. Naddeo, *Il denaro sporco*, cit., p. 92, secondo i quali, con una simile modifica all'art. 648 *bis* c.p., si produrrebbe un ritorno della fattispecie a quel ruolo accessorio del delitto a monte che, in tempi recenti, è stato superato da una più moderna concezione del riciclaggio quale reato dotato di una autonomia sua propria.

(presupposto), slabbrandoli talvolta fino alla evanescenza o alla ritualizzazione, tanto più si riduce la fessura che – riprendendo l'immagine iniziale della clessidra – collega i due bulbi della fattispecie. Per regalare un po' d'ossigeno al riciclaggio, detto altrimenti (e se è concessa l'ulteriore immagine), occorrerebbe innanzitutto evitare la "sovra-ventilazione" dell'istituto del concorso di persone nel reato[96].

Se tuttavia si intende comunque percorrere la strada della soppressione della clausola di riserva[97], il disegno riformatore – onde attenuare gli inconvenienti segnalati poc'anzi – deve inserirsi in una revisione di più ampio e profondo respiro, che intervenga sulla tipicità stessa della norma incriminatrice[98], oltre che sul suo portato sanzionatorio.

Quanto al primo aspetto, una molteplicità di rotte deve essere battuta per "afferrare" la tipicità dell'art. 648 *bis* c.p. Anzitutto, sembra indispensabile una valorizzazione espressa del carattere concreto del pericolo per il bene giuridico[99], compito che l'inciso "in modo da (…)" non è stato in grado di assolvere fino in fondo e che invece meglio potrebbe essere soddisfatto introducendo – nell'ambito del suddetto inciso – l'avverbio "*concretamente*", ovvero un accenno all'idoneità della condotta[100]. Sul versante delle condotte incriminate, poi, l'espunzione delle "altre operazioni", limitando la denunciata onnicomprensività della fattispecie[101], determinerebbe un apprezzabile innalzamento del livello di determinatezza della stessa, escludendo – del pari – il quasi inevitabile automatismo tra commissione del reato fonte e successivo riciclaggio. Quest'ultimo effetto collaterale, d'altronde, potrebbe essere ulteriormente attenuato con l'introduzione di una ulteriore rete di contenimento, ovvero di una particolare limitazione espressa della tipicità per i casi di mero utilizzo o godimento del provento delittuoso (che naturalmente non avvenga su incarico o nell'interesse di terzi)[102]: precisazione nient'affatto

[96] E, *mutatis mutandis*, dell'associazione per delinquere, laddove si ritenesse preferibile la tesi – qui non accolta (cfr. *supra* par. 3) – per cui il delitto di cui all'art. 416 c.p. sia di per sé idoneo a fungere da reato presupposto del riciclaggio.

[97] È questa, del resto, la strada (senza uscita?) che sembra aver intrapreso il legislatore italiano, stando almeno al tenore dei disegni di legge presentati in anni recenti in Parlamento: proposte di modifica dell'art. 648 *bis* c.p. che si cono caratterizzate, di volta in volta, per un "contenimento" espresso rispetto alla punizione di alcune ipotesi di autoriciclaggio, ovvero per riduzioni sanzionatorie, ovvero ancora per interventi sulla tipicità della fattispecie. Per un quadro dei disegni di legge presentati e discussi fino al 2010, *ex multis*, A. Castaldo – M. Naddeo, *Il denaro sporco*, cit., p. 91 (in particolare nota 85). Ultime in ordine di tempo, le bozze di riforma dell'art. 648 *bis* c.p. tratteggiate dalle Commissioni Greco e Fiandaca. Nella Relazione della prima – datata 23 aprile 2013 – si prevedono due distinte alternative di modifica legislativa: una tendente all'abolizione della clausola di riserva, previo accorpamento delle fattispecie di riciclaggio e di reimpiego, con esclusione tuttavia della pena (esclusione poi scomparsa nella versione definitiva) per l'autoriciclatore che si sia limitato a impiegare i proventi illeciti per finalità di godimento personale (e non abbia agito su incarico o nell'interesse altrui); l'altra, invece, favorevole al mantenimento della clausola di riserva per il reato di riciclaggio, ma con previsione di una autonoma ipotesi di autoriciclaggio, circoscritto tuttavia ai casi in cui l'autore del reato presupposto non si limiti al mero godimento dei beni, ovvero all'utilizzo del denaro o delle altre utilità con finalità non speculative, economiche o finanziarie. La proposta contenuta nella Relazione "Fiandaca" sarà invece esaminata analiticamente nel corso del presente paragrafo.

[98] Secondo parte della dottrina, in realtà, quello che andrebbe ripensato – ancor più a monte – è il modello di reato sotto il profilo criminologico, ovvero della *ratio* dell'incriminazione. Nel caso in cui il riciclatore sia anche l'autore dei reati presupposto, infatti, le ragioni dell'incriminazione starebbero nella volontà di contrastare l'idea che il crimine "paghi", vale a dire che si possa trarre profitto dal reato precedentemente commesso (in tal senso, centrale sarebbe la protezione delle istanze della vittima del reato fonte): in proposito, A. Castaldo – M. Naddeo, *Il denaro sporco*, cit., p. 250. L'oscurità del bene giuridico attualmente presidiato dall'art. 648 *bis* c.p. è lamentata, invece, da S. Seminara, *I soggetti attivi del reato di riciclaggio*, cit., p. 240. Naturalmente – vale forse la pena soggiungere – un ripensamento del bene giuridico tutelato potrebbe comportare anche una differente collocazione del reato nella topografia del codice penale, come in effetti profilato in alcuni recenti disegni di legge riformatori.

[99] In questo senso, apprezzabilmente, anche la bozza di riforma presentata dalla Commissione Fiandaca, che giustamente manifesta l'indispensabilità di un recupero di determinatezza della fattispecie, perseguito mediante l'inserimento del sintagma "in concreto" nel corpo della fattispecie incriminatrice.

[100] Sulla necessità di una lettura già dell'attuale art. 648 *bis* c.p. come reato di pericolo concreto e come contenente, in via implicita, un riferimento all'idoneità della condotta, F. Giunta, *Elementi costitutivi del reato di riciclaggio*, cit., p. 88, elemento che varrebbe ad escludere – ad es. – la rilevanza penale del mero deposito in banca del denaro sporco. Analogamente, in dottrina: M. Donini, *Commento*, cit., p. XIII; A. Castaldo – M. Naddeo, *Il denaro sporco*, cit., p. 139; V. Manes, *Il riciclaggio dei proventi illeciti*, cit., p. 58. Anche la giurisprudenza si mostra invero talvolta sensibile alle suddette esigenze di concretizzazione: cfr., ad es., Cass. pen. sez. II, n. 18577/2003, cit.; Cass. pen. sez. II, n. 13448/2005, in *Cass. Pen.*, 2006, pp. 1822 e ss.; Cass. pen. sez. II, n. 15092/2007, in *Cass. Pen.*, 2008, p. 1921 (s.m.).

[101] In argomento cfr. meglio *supra*, par. 1. *Contra*, invece, nel senso di eliminare dall'orbita della norma incriminatrice le condotte di sostituzione e trasferimento, mantenendovi unicamente quella di compimento di operazioni idonee in concreto ad ostacolare l'identificazione dell'origine delittuosa dei proventi, il nuovo art. 648 *bis* c.p. delineato dalla Commissione Fiandaca.

[102] Strada che, invece, non ha ritenuto di dover percorrere la Commissione Fiandaca, nonostante la presenza – in seno alla stessa – di una proposta di minoranza che suggeriva l'introduzione di una causa di non punibilità a favore di chi abbia realizzato le condotte di ostacolo all'identificazione della provenienza delittuosa al fine di conseguire per sé l'impunità rispetto al delitto presupposto (onde salvaguardare il generale principio del *nemo tenetur se detegere*). Si aggiunga, peraltro, che la medesima Commissione ha ipotizzato anche una riformulazione dell'art. 648 *ter* c.p., limitativa delle condotte tipiche a quelle di impiego in attività speculative o imprenditoriali, di qualsiasi natura: il che dovrebbe – almeno teoricamente – risolvere in termini negativi la questione della rilevanza penale, *ex* artt. 648 *bis* o *ter* c.p., del mero deposito del denaro di provenienza illecita presso un istituto di credito.

superflua[103], ancor più alla luce delle esegesi estensive delle condotte di riciclaggio che la giurisprudenza ha finora prospettato. Ancora, un'eventuale riforma dell'art. 648 *bis* c.p. costituirebbe un'utile occasione per interrogarsi sull'opportunità di restringere anche l'emisfero superiore della norma incriminatrice, vale a dire – per usare di nuovo la metafora della clessidra – il bulbo contenente la totalità dei delitti non colposi[104]; pur non potendosi disconoscere le perplessità che la precedente perimetrazione dei reati presupposto aveva (anche in parte giustamente) suscitato[105], infatti, una cernita dei reati fonte – raggruppati attorno a ben specifiche oggettività giuridiche – sembra auspicabile se non altro per meglio fotografare il disvalore del fatto e gli interessi presidiati dalla fattispecie[106], ancorando la (severa) cornice edittale ad un coerente sostrato di offensività[107].

Anche sotto il diverso profilo della dosimetria sanzionatoria (e a prescindere dal cennato assottigliamento dei reati presupposto), appare indispensabile un sostanziale intervento di differenziazione e gradazione, che rapporti cioè, come avviene in altri ordinamenti[108], la risposta punitiva per il riciclaggio alla gravità del reato base che ne rappresenta l'antecedente[109], ovvero alla consistenza economica dei beni ripuliti[110]: così assicurando il rispetto dell'elementare principio di proporzionalità/ragionevolezza della pena.

Le osservazioni fin qui svolte, d'altra parte, valgono a confermare l'impressione iniziale: una mera, brutale "compenetrazione" della clessidra – attraverso la semplice elisione della clausola di riserva – darebbe vita ad una norma incriminatrice irrimediabilmente informe. Oscura nei presupposti criminologici, indeterminata nella condotta, sproporzionata nella pena, si troverebbe come quel navigatore che « allontanandosi da terra – dalla terra del passato – non si ricordi più dove sia la terra: può sbattervi contro, nella nebbia della dimenticanza, da un momento all'altro – e ritornare al passato più primitivo e più incolto »[111].

[103] Come invece ventilato dalla Commissione "Greco", nella misura in cui – "tagliando", in una delle due proposte di modifica della fattispecie, la suddetta limitazione – si afferma che essa riguarderebbe fatti già implicitamente esclusi dall'ambito di operatività oggettiva della norma incriminatrice: trascurando tuttavia che la condotta consistente nell'ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa del bene (che, nella stessa proposta di riforma, sostituirebbe quella costituita dal compimento di "altre operazioni") non sembra affatto immune da quell'esegesi latissima cui la giurisprudenza ha già sottoposto l'attuale formulazione dell'art. 648 *bis* c.p.

[104] Come non si è mancato di osservare, d'altronde, uno dei nodi problematici essenziali del riciclaggio – pur a fronte (anzi forse proprio a causa) dell'amplissima gamma di delitti fonte – sembra annidarsi nell'accertamento del nesso di derivazione del provento da uno specifico reato presupposto: in tal senso, V. Manes, *Il riciclaggio dei proventi illeciti*, cit., pp. 64 e ss. Ciò, peraltro, quantunque la giurisprudenza più recente sembri aggirare le suddette difficoltà, assumendo unicamente la necessità di una generica provenienza delittuosa dei beni (così ad es. Cass. pen. sez. II, n. 47375/2009, cit., p. 1273), in aperta distonia con il dettato legislativo.

[105] Sulle difficoltà di accertamento in ordine alla consapevolezza, in capo all'agente, della provenienza del bene proprio da uno specifico delitto elencato nelle precedenti versioni dell'art. 648 *bis* c.p., per tutti: L. D. Cerqua, *Il delitto di riciclaggio*, cit., p. 54.

[106] In tal senso anche S. Seminara, *I soggetti attivi del reato di riciclaggio*, cit., p. 242; A. Castaldo – M. Naddeo, *La normativa comunitaria e italiana sul riciclaggio*, cit., p. 313.

[107] D'altra parte, anche nel vigore della precedente formulazione dell'art. 648 *bis* c.p., in dottrina non si era mancato di evidenziare, pur con l'auspicio di un ampliamento della platea di reati presupposto, la necessità di "saldare" la configurabilità del riciclaggio alla previa commissione di gravi reati: in proposito, G. Pecorella, *Circolazione del denaro e riciclaggio*, cit., p. 1246; G. M. Flick, *La repressione del riciclaggio*, cit., p. 1264.

[108] Ad esempio in Francia e in Germania.

[109] In questa direzione si è mossa la Commissione Fiandaca, la cui proposta prevede, da un lato, pene per il riciclaggio più contenute nel caso di reato presupposto di minore gravità (pena base non superiore ad anni sei di reclusione), dall'altro, una cornice sanzionatoria più mite per l'autoriciclaggio (reclusione da tre a sei anni, oltre la multa): in tal senso, i "nuovi" commi 2 e 3 del riscritto art. 648 *bis* c.p.

[110] Del medesimo avviso S. Seminara, *I soggetti attivi del reato di riciclaggio*, cit., p. 242.

[111] Così, ancora, E. Severino, *Pensieri*, cit., p. 56.

Processo e dintorni

66 **Profili di diritto processuale penale e penitenziario in tema di coppie di fatto.**
Agata Ciavola

97 **Il contumace cede la scena processuale all'assente, mentre l'irreperibile l'abbandona.**
Serena Quattrocolo

Articolo sottoposto a peer review

PROFILI DI DIRITTO PROCESSUALE PENALE E PENITENZIARIO IN TEMA DI COPPIE DI FATTO

Agata Ciavola

Abstract

L'affermarsi di un diverso modello familiare, accanto a quello tradizionale fondato sul matrimonio, ha posto il problema dell'estensione delle disposizioni concernenti i diritti dei coniugi alle coppie di fatto. Nel codice penale, così come in quello di procedura penale, infatti, il legislatore ha fatto spesso riferimento alla nozione di "prossimi congiunti", la cui definizione è contenuta nell'art. 307 c.p., che non comprende la categoria dei conviventi c.d. *more uxorio*.

Con il presente contributo ci si propone di verificare se questo mancato richiamo possa essere superato in via esegetica. È chiaro che un'operazione di questo genere va condotta con grande cautela. Il rischio è di andare oltre l'*intentio legis* e i limiti imposti dalla disciplina. Ecco perché può essere utile partire, di volta in volta, dalla *ratio* della norma di riferimento, differenziando quelle situazioni in cui emerge la titolarità di diritti, enunciati in forma tassativa, che affondano le loro radici nel vincolo matrimoniale e nel rilievo giuridico attribuito all'istituzione matrimoniale in sé, da quelle situazioni in cui risulta prevalente l'importanza del dato fattuale rappresentato dall'esistenza di un aggregato di tipo familiare, in considerazione del legame sentimentale e del vincolo solidaristico che lega ciascuno dei suoi componenti.

Sommario

1. La nozione di prossimo congiunto e la mancata menzione dei rapporti di convivenza. – 2. L'estensione in via esegetica dei diritti dei prossimi congiunti. – 3. Le norme del codice di procedura penale sui diritti dei conviventi. La facoltà di astensione dei prossimi congiunti. – 4. La tutela del sentimento familiare delle coppie omosessuali. – 5. La responsabilità penale del convivente in caso di dichiarazioni false. – 6. Aspetti della tutela penale delle unioni di fatto. – 7. L'allontanamento dalla casa familiare. – 8. Il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa. – 9. L'ammissione al gratuito patrocinio del convivente more uxorio. – 10. Le questioni problematiche. Le incompatibilità del giudice. – 11. Le ipotesi di legittimazione processuale dei prossimi congiunti dell'offeso o dell'imputato. – 12. Il ruolo della famiglia nel trattamento penitenziario. – 13. La cura e il mantenimento delle relazioni familiari. – 14. La questione del riconoscimento del diritto alla affettività in carcere. – 15. L'assistenza alle famiglie.

1. La nozione di prossimo congiunto e la mancata menzione dei rapporti di convivenza.

La relazione tra il diritto penale e la c.d. famiglia di fatto, spesso definita "problematica"[1], appare altrettanto complessa se si sposta il confronto sul terreno processuale[2].

Pur essendo stato il codice di procedura penale redatto in tempi abbastanza recenti, è mancata un'attenzione specifica da parte del legislatore alla categoria dei prossimi congiunti, per la cui definizione continua a farsi riferimento agli articoli 307 e 540 del codice penale. Tali disposizioni, infatti, hanno un valore interpretativo di carattere generale, trovando sempre applicazione quando, in norme sostanziali o processuali penali, si parla di prossimi congiunti o di rapporti di filiazione[3]. In particolare, è l'art. 307 comma 4 c.p. a indicare a quali persone deve attribuirsi la nozione di "prossimi congiunti" «gli ascendenti, i discendenti, il coniuge, i fratelli, le sorelle, gli affini nello stesso grado, gli zii e i nipoti: nondimeno, nella denominazione dei prossimi congiunti, non si comprendono gli affini, allorché sia morto il coniuge e non vi sia prole».

La norma, sotto diversi profili, appare superata, in quanto riproduce i tratti salienti della famiglia dell'epoca in cui è stato redatto il codice penale, ma non coincide con la struttura odierna dei nuclei familiari, nei quali la compresenza di più generazioni si va perdendo, mentre la famiglia per lo più corrisponde alla c.d. famiglia nucleare composta dai genitori e dai loro figli[4]. L'elencazione, dunque, considerata tassativa, pur risultando, per alcuni versi, molto ampia, per altri versi, appare lacunosa, non facendo riferimento né all'adottante né all'adottato, né – per quel che ci interessa – ai conviventi. È così che la posizione dei familiari più stretti è equiparata a quella degli zii e dei nipoti, o del suocero o della suocera, sebbene non sia scontato che tra tali soggetti si intrattengano relazioni stabili e armoniose. Di contro, il mancato riferimento al rapporto tra l'adottante e l'adottato si pone in conflitto con l'esigenza di valorizzare tale legame, favorendo l'integrazione e la sensazione di appartenenza dell'adottato all'interno della famiglia di accoglienza.

Riguardo ai rapporti tra ascendenti e discendenti, dunque, l'art. 307 c.p. non tiene conto del mutamento, anche culturale della società, sempre più propensa a non accettare discriminazioni, quanto meno relativamente ai rapporti di filiazione, tra figli legittimi, perché nati durante il matrimonio e figli adottivi. Una differenza che la legge del 10 dicembre 2012, n. 219 contenente *Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*[5], ha voluto superare del tutto, prevendendo l'equiparazione dei figli legittimi, adottivi e naturali, pure se non legittimati. Si tratta di una riforma organica che, già nel definire il vincolo di parentela, stabilisce che «La parentela è il vincolo tra le persone che discendono da uno stesso stipite, sia nel caso in cui la filiazione è avvenuta all'interno del matrimonio, sia nel caso in cui è avvenuta al di fuori di esso, sia nel caso in cui il figlio è adottivo». Se, alla luce di tale riforma, si può, quindi, giungere

[1] In questi termini v. Gaeta, *La problematica relazione tra famiglia di fatto e diritto penale*, in *Famiglia e minori*, 2010, n. 10, 82. In argomento, *ex plurimis*, v. Bartoli, *Unioni di fatto e diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, 1599 ss.; Beltrani, *La (mutevole) rilevanza penale della famiglia di fatto nel diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 2860; Id., *Ancora sulla (mutevole) rilevanza penale della famiglia di fatto: prime aperture giurisprudenziali*, *ivi*, 2011, 1029; Bertolino, *La famiglia, le famiglie: nuovi orizzonti della tutela penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 572; Cadoppi, *Introduzione ai reati contro la famiglia*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale – Parte speciale*,
Delitti contro la morale pubblica, di prostituzione, contro il sentimento per gli animali e contro la famiglia, vol. VI, diretto da Cadoppi-Canestrari-Manna-Papa, Torino, 2009, 269 ss.; De Luca, *La famiglia non coniugale. Gli orientamenti della giurisprudenza*, Padova, 1996, *passim*; De Matteis, *Rilevanza penale*, in *Le convivenze familiari. Diritto vivente e proposte di riforma*, Torino, 2006, 545; Fierro Cenderelli, voce *Famiglia (rapporti di famiglia nel diritto penale)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. V, Torino, 1991, 131; Preziosi, *La famiglia nella giurisprudenza penale: orientamenti e prospettive*, in *Crit. dir.*, 2004, 187; Prosdocimi, *Prospettive etiche e tutela di beni giuridici in materia di coppie di fatto: osservazioni di un penalista*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 31; Riondato, *Introduzione a «famiglia» nel diritto penale italiano*, in AA.VV., *Trattato di Diritto di famiglia*, diretto da Zatti, vol. IV, *Diritto penale della famiglia*, a cura di Riondato, 2ª ed., Milano, 2011, 3; Ruffo, *La tutela penale della famiglia*, Napoli, 1998, *passim*; Scordamaglia, *Prospettive di nuova tutela penale della famiglia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991, 365; Segreto, *La famiglia di fatto nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di cassazione*, in *Dir. fam.*, 1998, 1659.

[2] Al riguardo cfr. Bonetti, *Famiglia e processo penale*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. I, *Diritto processuale penale*, a cura di Corso-Peroni, Piacenza, 2010, ss.

[3] Così Antolisei, *Manuale di diritto penale*, *Parte speciale*, I, Milano, 2008, 492-493.

[4] In tal senso, ad esempio v. Baccari, *La testimonianza del prossimo congiunto dell'imputato*, Padova, 2003, 55.

[5] Il 9 febbraio 2014 è entrato in vigore il d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, recante "*modifica della normativa vigente al fine di eliminare ogni residua discriminazione rimasta nel nostro ordinamento tra i figli nati fuori dal matrimonio, così garantendo la completa eguaglianza giuridica degli stessi*", il quale ha provveduto a modificare anche numerose disposizioni del codice penale in materia di filiazione, in particolare sostituendo la nozione di "potestà genitoriale" con quella di "responsabilità genitoriale".

a considerare risolto il mancato riferimento da parte della norma all'adottante e all'adottato o, ancora, ai rapporti derivanti dalla filiazione naturale, ancora attuale si presenta la questione dei diritti dei conviventi c.d. *more uxorio*.

È, infatti, noto che l'evoluzione della società, la crisi dell'istituzione familiare fondata sul matrimonio, la riforma del diritto di famiglia, l'introduzione della legge sul divorzio, insieme a un generale mutamento dei costumi, hanno contribuito a rendere sempre più frequenti le convivenze di fatto[6]. In attesa di una più compiuta elaborazione degli ultimi dati Istat[7], dal report pubblicato nel 2011, rileva che nel 2009 crescono le nuove forme familiari e che, tra queste, le libere unioni interessano il 5,9% delle coppie, coinvolgendo 897 mila famiglie e 2,523 milioni di persone[8]. Un fenomeno che è cresciuto notevolmente se si paragonano questi dati con quelli di soli dieci anni prima, allorché le persone interessate erano 948 mila. Senza considerare che, quasi vent'anni prima, nel 1993 – dunque nel periodo in cui era da poco entrato in vigore il nuovo codice – le coppie di fatto erano 227 mila, mentre nel 1983, erano 192 mila[9]. Da tali numeri, in sostanza, si può dedurre che, quando è stato redatto il codice di procedura penale, le convivenze di fatto, per la maggioranza, costituivano un fenomeno marginale, con conseguente sottovalutazione delle problematiche ad esso connesse. Oggi, però, non può più essere così. In tutti i rami dell'ordinamento giuridico è in atto una profonda riflessione su se e come tutelare i diritti dei conviventi, sia nei rapporti reciproci, sia nei confronti dei terzi. Diritti che, anche per affermazione della Corte costituzionale[10], trovano fondamento nell'art. 2 Cost., secondo cui «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali, ove si svolge la sua personalità e richiede l'adempimento di doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

Affinché a una relazione familiare, non ufficializzata con il matrimonio, sia attribuito rilievo quale formazione sociale primigenia[11], è necessario che essa presenti determinate caratteristiche, alcune delle quali comuni alla famiglia legale[12]. In particolare, deve fondarsi su un'unione spirituale e materiale di vita, avere i connotati della reciprocità e stabilità, e dunque essersi protratta per un certo lasso di tempo[13], nonché essere riconoscibile all'esterno (nel senso che l'ambiente sociale deve percepire i due *partners* come conviventi). Non si richiede, invece, la necessaria presenza di prole[14], sebbene si tratti di un indice indubbiamente significativo, dato che è proprio a seguito della nascita dei figli, che, in virtù dei doveri di protezione e tutela verso gli stessi, spesso si manifesta all'esterno l'esistenza di una famiglia di fatto[15].

Ciò premesso, un dato deve essere evidenziato: allo stato attuale, il riconoscimento costituzionale dei diritti dei conviventi di fatto non consente di risolvere in modo univoco il problema dell'estensione a questi ultimi dei diritti nascenti dal rapporto matrimoniale. Generalmente, soprattutto per la giurisprudenza, i diritti dei conviventi di fatto è escluso possano essere automaticamente equiparati a quelli propri del vincolo matrimoniale[16]. Sul punto, in particolare, la posizione della Corte costituzionale[17] è netta e muove dall'idea secondo cui

[6] Come sottolinea, ad esempio, Auletta, *Diritto di famiglia*, Torino, 2011, 149, dopo l'introduzione del divorzio, la scelta della coppia di instaurare un'unione di fatto, scaturisce per lo più dalla volontà di non volere sottoporre il proprio rapporto alla disciplina caratterizzante il vincolo matrimoniale, i cui effetti sono compiutamente disciplinati dall'ordinamento; oltre, poi, a considerare che, in alcuni casi, la convivenza costituisce l'unica soluzione possibile in attesa del divorzio o dell'annullamento di un precedente matrimonio.

[7] Il 23 dicembre 2013 sono stati pubblicati i *Nuovi dati su popolazione, famiglie, abitazioni e stranieri*, in www.istat.it/it/archivio, dalla cui lettura non si traggono dati significativi riguardo alle convivenze c.d. *more uxorio*.

[8] Istat, Statistiche, Report, Anno 2009, *Come cambiano le forme familiari*, 15 settembre 2011, in www.istat.it/it/archivio.

[9] De Filippis, *La famiglia di fatto nella storia del diritto*, in AA.VV., *La separazione nella famiglia di fatto*, Padova, 2008, 68.

[10] L'orientamento della Corte costituzionale, al riguardo, può definirsi ormai consolidato; fra le altre, in materia penale, v. Corte cost., 4 maggio 2009, n. 140, in *Giur. cost.*, 2009, 1513.

[11] Da considerare, dunque, preesistente allo stesso ordinamento giuridico – e apparire, al pari delle comunità intermedie, come esplicativa e realizzativa al suo interno dei valori della persona (Sul punto, in particolare, cfr. Barcellona, voce *Famiglia (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1967, 779 ss.).

[12] In giurisprudenza, per tutti, si veda Cass. civ., sez. I, 23 aprile 1966, n. 1041, in *C.e.d. Cass.*, n. 322089.

[13] A proposito della durata della convivenza, un periodo di due o tre anni è stato considerato sufficiente (Al riguardo e per ulteriori approfondimenti, v. Cocuccio, *La stabilità nel rapporto di convivenza* more uxorio, in *Diritto fam. e delle persone*, 2006, 52 ss.).

[14] Sul punto, ad esempio, v. Astone, *Ancora sulla famiglia di fatto: evoluzione e prospettive*, in *Dir. fam. e delle persone*, 1999, 1476. Dubbi sussistono relativamente alla necessità si tratti di una relazione eterosessuale; in senso favorevole alla tesi secondo cui la famiglia di fatto può essere costituita anche da una coppia omosessuale, *ex plurimis*, v. Auletta, *Diritto di famiglia*, cit., 152-153.

[15] Cocuccio, *Convivenza e famiglia di fatto*, cit., 915, la quale, in particolare, evidenzia che «se è vero che la tutela della prole prescinde dalla esistenza di un vincolo coniugale, è altrettanto vero che, se i genitori naturali scelgono anche di convivere, ciò rappresenta certamente un indice di "completezza" familiare, socialmente rilevante».

[16] In dottrina, in tal senso, *ex multis*, v. Auletta, *Diritto di famiglia*, cit., 151.

[17] Segnatamente, v. Corte cost., 11 gennaio 1996, n. 8, in *www.giurcost.it*.

l'esistenza di caratteristiche comuni tra la convivenza e il rapporto coniugale non può portare a ridurre al rango di elemento meramente formale il connotato istituzionale della famiglia fondata sul matrimonio: è la maggiore stabilità del rapporto coniugale a rappresentare il principale elemento differenziale del rapporto coniugale con quello di fatto. Se, infatti, il rapporto tra conviventi si basa sull'*affectio* quotidiana, liberamente e in ogni istante revocabile, soltanto dal matrimonio nascono stabilità, certezza, reciprocità e corrispettività di diritti e doveri tra i coniugi. La distinta considerazione costituzionale della convivenza e del rapporto coniugale, tuttavia, non esclude affatto la comparabilità delle discipline riguardanti aspetti particolari dell'una e dell'altro che possano presentare analogie. Parametro di riferimento è l'art. 3 della Costituzione secondo cui è possibile sottoporre queste situazioni a un controllo di ragionevolezza, il quale senza intaccare l'essenziale diversità delle due situazioni, può condurre a censurare l'ingiustificata disparità di trattamento (a danno ora della famiglia di fatto, ora della famiglia legittima) delle analoghe condizioni di vita che derivano dalla convivenza e dal coniugio. Con un limite: l'esistenza di un vincolo affettivo stabile, anche quando si pone quale dato comune alle due situazioni, non consente di giungere all'assimilazione della posizione del convivente con quella del coniuge qualora ciò determini un'ingerenza nelle scelte discrezionali riservate al legislatore.

È per questa ragione che la Corte costituzionale si è sempre rifiutata di accogliere le questioni di legittimità costituzionale sollevate nei confronti dell'art. 307 c.p. Vista la portata di carattere generale della nozione di prossimo congiunto contenuta nella norma, un intervento additivo si è ritenuto dovesse escludersi a causa delle ricadute che esso avrebbe su altri settori dell'ordinamento; con effetti, peraltro, non sempre favorevoli per l'interessato[18]. Ad avviso dei giudici, in particolare, un'eventuale dichiarazione di incostituzionalità, la quale assumesse a base la pretesa identità di posizione tra convivente e coniuge, rispetto all'altro convivente o coniuge, avrebbe effetti di sistema eccedenti l'ambito del singolo giudizio di costituzionalità, coinvolgendo il complesso delle disposizioni della legge penale sostanziale e processuale (e anche della legge extrapenale) che, a diversi fini, fanno riferimento al rapporto di coniugio: opera di revisione, questa, che esorbita dai compiti e dai poteri della Corte[19]. Al riguardo, d'altra parte, è apparso significativo che il legislatore penale, almeno finora, ha sempre operato delle scelte settoriali disponendo di volta in volta l'estensione al convivente dei diritti o dei doveri spettanti ai coniugi, preferendo non incidere direttamente sull'elenco dell'art. 307 c.p.

2. L'estensione in via esegetica dei diritti dei prossimi congiunti.

La questione dell'estensione dei diritti dei prossimi congiunti ai conviventi, pur non avendo il rilievo di oggi, era ben presente al legislatore quando ha redatto il codice di procedura penale del 1988. Un invito a non trascurare l'interesse dei conviventi a tutelare il sentimento familiare era stato rivolto al legislatore dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 6 del 1977[20]. In quest'occasione, la Corte, nel pronunziarsi sulla questione di legittimità costituzionale sollevata nei confronti degli artt. 307 c.p.p e 350 c.p.p., con riferimento all'art. 3 Cost. (per non essere i conviventi menzionati nell'elenco dei prossimi congiunti autorizzati ad astenersi dal testimoniare contro l'imputato, loro familiare), sebbene sia giunta alla conclusione di non potere censurare la disciplina dell'epoca, ha riconosciuto che in una prospettiva *de iure condendo* non si dovessero trascurare quelle situazioni affettive di natura familiare basate sulla

[18] La Corte costituzionale, ad esempio, nella sentenza del 13 novembre 1986, n. 237, in *www.giurcost.it*, seppure con riferimento al codice di procedura penale del 1930, osservava che giacché l'impugnato art. 307, comma 4, c.p. racchiude la nozione positiva di prossimo congiunto con una portata di integrazione generale nel sistema legislativo penale, la prospettata parificazione della convivenza e del coniugio, varrebbe a coinvolgere automaticamente non solo le altre ipotesi di reato contenute nell'art. 384, ma – ben più ampiamente – altri istituti di ordine processuale penale, quali la ricusazione del giudice (art. 64, nn. 3 e 4); la facoltà di astensione dal deporre (art. 350) già esaminata dalla Corte nella sentenza n. 6 del 1977; la titolarità nella richiesta di revisione delle sentenze di condanna e di connesso esercizio dei relativi diritti (artt. 556, 564) ovvero nella presentazione di domanda di grazia (art. 595). D'altronde, una volta parificato, in ipotesi, il rapporto di fatto a quello del coniugio, non sarebbe dato sottrarsi, contestualmente, alla necessità di regolare la posizione dell'eventuale coniuge separato, sia per il caso di coerenza d'intenti che di conflittualità con il convivente. Ma su di una regolamentazione esaustiva di tal sorta, necessariamente involgente, senz'altro, scelte e soluzioni di natura discrezionale, questa Corte non avrebbe facoltà di pronunciarsi senza invadere quelle competenze che spettano al Parlamento, nel razionale esercizio di un potere che il solo legislatore è chiamato ad esercitare.

[19] Cfr. Corte cost., 12 luglio 2000, n. 352, in *www.giurcost.it*.

[20] Corte cost., 4 gennaio 1977, n. 6, in *www.giurcost.it.*

convivenza ed animate da intenti di reciproca assistenza e da propositi educativi della prole comune, di fatto ed oggettivamente identiche a quelle espressamente disciplinate; compito del legislatore sarebbe stato valutarne l'importanza e la diffusione.

Tale indicazione è stata accolta dai compilatori, che, tuttavia, si sono limitati a richiamare la figura del convivente solo in alcune specifiche disposizioni del codice di procedura penale; al di fuori di questi casi, si è continuato a fare riferimento alla categoria dei "prossimi congiunti", e conseguentemente, all'elenco contenuto nell'art. 307 c.p., lasciando aperto l'interrogativo se questo mancato richiamo possa essere superato in via esegetica.

Di certo, non è consigliabile sperare di risolvere eventuali problematiche invocando un intervento della Corte costituzionale, attesa – come si è detto – la riluttanza mostrata dai giudici a qualsiasi pronuncia di tipo additivo in materia. Anzi, spesso un'operazione di tal genere può rivelarsi controproducente rispetto agli indirizzi manifestati dai giudici *a quibus*, in quanto sortisce l'esito di cristallizzare il diritto vivente conferendogli una patente di costituzionalità la quale vieppiù ostacolerebbe mutamenti delle rotte interpretative (anche se di principio non lo esclude)[21].

Appare più interessante la ricerca di eventuali soluzioni in via ermeneutica, attraverso una lettura costituzionalmente orientata della disciplina da condurre alla luce degli articoli 2 e 30 Cost. Ed invero, ove si consideri l'art. 2 Cost. come una norma aperta, essa è in grado di assicurare in via immediata tutela giuridica a tutte quelle forme associative che si sviluppano nella realtà sociale in vista dello svolgimento della personalità dei singoli[22]. Non solo. Dal momento che l'art. 30 Cost. parifica, in relazione all'identità di funzioni, il rapporto tra genitore e figlio legittimo a quello fra genitore e figlio naturale, assegnando ad essi identità di contenuto, non sembra fuori luogo dedurre che «per quanto sia considerata come norma regolante i rapporti genitore-figlio, l'art. 30 Cost., in tale prospettiva, non può essere interpretato restringendone l'applicazione ai rapporti isolati di ciascun genitore con il figlio, ma deve prendere necessariamente in considerazione l'esistenza di un eventuale nucleo familiare di fatto, perché solo in tale ambito i diritti del minore sembrano garantiti pienamente»[23].

È chiaro che un'operazione di questo genere va condotta con grande attenzione, non essendo scevra da pericoli. Il rischio, segnatamente, è di andare oltre l'*intentio legis* e i limiti imposti dalla disciplina. Ecco perché può essere utile partire, di volta in volta, dalla *ratio* della norma processuale di riferimento, differenziando quelle situazioni in cui, in effetti, emerge la titolarità di diritti, enunciati in forma tassativa, che affondano le loro radici nel vincolo matrimoniale e nel rilievo giuridico attribuito all'istituzione matrimoniale in sé, da quelle situazioni in cui risulta prevalente l'importanza del dato fattuale rappresentato dall'esistenza di un aggregato di tipo familiare, a causa del legame sentimentale e del vincolo solidaristico che lega ciascuno dei suoi componenti[24]. Così facendo, sono diverse le occasioni in cui è possibile giungere all'estensione dei diritti dei coniugi ai conviventi *more uxorio*. Nella consapevolezza, tra l'altro, che ad una visione del modello familiare di tipo liberal-individuale corrisponde una più ampia prospettiva di tutela penale delle unioni di fatto[25].

3. Le norme del codice di procedura penale sui diritti dei conviventi. La facoltà di astensione dei prossimi congiunti.

Nel codice di procedura penale un riferimento espresso ai diritti dei conviventi è contenuto nell'art. 199, con riguardo alla facoltà di astensione dei prossimi congiunti e nell'art. 681, relativamente ai soggetti legittimati a presentare domanda di grazia al Presidente della

[21] In questi termini v. Riondato, «*Famiglia» nel diritto penale italiano*, cit., 84.

[22] Questa tesi, in particolare, è sostenuta da Perlingieri, *Sulla famiglia come formazione sociale*, in AA.VV., *Rapporti personali nella famiglia*, a cura di Perlingieri, Napoli, 1982, 39. Al riguardo, altresì, ad esempio, v. Dogliotti, *Sulla qualificazione giuridica della famiglia di fatto: spunti, questioni, prospettive*, in *Giur. it*., 1980, I, 347; Ferrando, *Famiglia legittima e famiglia di fatto nella disciplina costituzionale*, in *Giur cost*., 1977, 930; Rescigno, *La comunità familiare come formazione sociale*, in *Rapporti personali nella famiglia*, Quaderni CSM, 1980, 12.

[23] Così Rossi, *La famiglia di fatto nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *www.forumcostituzionale.it*, a cui si rimanda per ulteriori richiami bibliografici.

[24] Sui diversi modelli normativi di famiglia, *ex plurimis*, v. Bartoli, *Unioni di fatto e diritto penale*, cit., 1608 ss.; Bertolino, *La famiglia, le famiglie*, cit., 574; Mengoni, *La famiglia in una società complessa*, in *Iustitia*, 1990, 10 ss.

[25] Cfr. Riondato, «*Famiglia» nel diritto penale italiano*, cit., 82.

Repubblica, previa presentazione al Ministro della giustizia. A queste due norme devono aggiungersi l'art. 282 *bis* c.p.p. sull'"Allontanamento dalla casa familiare" e l'art. 282 *ter* c.p.p. sul "Divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa", introdotti da due leggi successive, rispettivamente la l. 4 aprile 2001, n. 154 e il d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv. in l. 23 aprile 2009, n. 38.

Tra queste disposizioni, l'introduzione dell'art. 681 c.p.p. ha costituito un'innovazione significativa in quanto ha sancito l'equiparazione della famiglia di fatto a quella legittima, in armonia con quanto previsto dall'ordinamento penitenziario del 1975 e, successivamente, dal relativo regolamento del 2000[26], e che trova una giustificazione nell'esigenza di prendere in considerazione, accanto ai rapporti tradizionali – di ordine fiduciario o di ordine giuridico –, anche i vincoli di natura affettiva[27].

Esaminando l'art. 199 c.p.p. si ha, invece, l'impressione che vi sia stata una particolare cautela da parte del legislatore nell'equiparare la posizione dei coniugi e dei conviventi. In più, l'assenza di un coordinamento tra codice penale e codice di procedura penale ha finito con rendere più complessa la problematica, evidenziando alcune incongruenze e alimentando dubbi interpretativi. Primo tra tutti, l'individuazione della *ratio* della disciplina.

Il riconoscimento della facoltà di astenersi dal deporre da parte dei prossimi congiunti dell'imputato, secondo la tesi maggioritaria[28], risiede nell'esigenza di salvaguardare il segreto familiare[29] , al fine di evitare un lacerante conflitto psicologico tra l'obbligo giuridico di dire la verità e l'obbligo morale di non danneggiare i prossimi congiunti[30]. Una conferma di questa impostazione è possibile trarre dalla stessa costruzione dei limiti soggettivi della testimonianza che, in relazione alla cerchia degli affetti considerata, si profila come una facoltà di astenersi dal deporre e non come un divieto di deposizione: «non precludere l'ingresso della testimonianza del prossimo congiunto con la configurazione di un'incapacità o con l'imposizione di un divieto assoluto nelle forme dell'incompatibilità consegnando invece allo stesso interessato la concreta operatività della tutela predisposta *una tantum* per via normativa, significa infatti non escludere *a priori*, sulla base di una presunzione insuperabile di inaffidabilità, l'apporto conoscitivo facente capo al familiare, ma affidarne al giudice la relativa valutazione»[31].

Per il vero, c'è chi sostiene che lo scopo della norma vada ravvisato nella tutela della veridicità della testimonianza, posto che i prossimi congiunti, se fossero obbligati a rendere la deposizione, potrebbero dichiarare il falso senza essere puniti penalmente[32]. Fin tanto che, però, a causa del mancato coordinamento tra l'esimente prevista dall'art. 384 c.p. e la facoltà di astensione di cui all'art. 199 c.p.p., è possibile che determinati soggetti, pur potendo astenersi dal deporre, in caso di dichiarazioni false ne rispondano penalmente, sembra doversi ritenere che l'aspetto della tutela del sentimento familiare sia progressivamente prevalso, fino a fondare in via esclusiva la forma e la sostanza dell'istituto[33].

Sotto il profilo dei soggetti beneficiari del diritto al silenzio, va evidenziato che l'art. 199 comma 3, c.p.p., nato nel dichiarato intento di ampliare l'ipotesi di astensione a soggetti che nell'attuale realtà sociale sono legati all'imputato da vincoli di intensità eguale nella sostanza a

[26] Sul punto, in particolare, v. Cesaris, Sub *art. 681*, in Conso-Grevi, *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, 2005, 2345.
[27] Cfr., fra gli altri, De Maestri, Sub *art. 681*, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. VI, coordinato da Chiavario, Torino, 1991, 607.
[28] In tal senso, *ex plurimis*, v. Bargis, *Profili sistematici della testimonianza penale*, Milano, 1984, 196 ss.; Perchinunno, *Limiti soggettivi della testimonianza nel processo penale*, Milano, 1972, 147; Spangher, Sub *art. 199*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. II, coordinato da Chiavario, Torino, 1990, 455. In giurisprudenza v. Corte cost., 16 maggio 1994, n. 179, in *Giur. cost*., 1995, 1593; Corte cost., 12 gennaio 1977, n. 6, *ivi*, 1977, 33.
[29] Al riguardo, in particolare, v. Carnelutti, *Principi del processo penale*, Napoli, 1960, 198; Grevi, *Il segreto familiare: la testimonianza dei prossimi congiunti*, in AA.VV., *La testimonianza nel processo penale*, Milano, 1972, 107.
[30] Perchinunno, *Limiti soggettivi*, cit., 147.
[31] In questi termini v. Scomparin, *Testimonianza*, in AA.VV., *Le prove*, t. II, *I singoli mezzi di prova e di ricerca delle prove*, coordinato da Marzaduri, Torino, 1999, 38.
[32] Cass. pen., sez. VI, 27 maggio 2008, n. 27060, Amodeo, in *C.e.d. Cass*., n. 240977; Cass. pen., sez. VI, 21 aprile 1997, n. 1645, Romeo, *ivi*, n. 207492; Cass. pen., sez. VI, 16 febbraio 1994, n. 4641, p.m. in proc. Grandinetti ed altri, *ivi*, n. 198475.
[33] Così Scomparin, *Testimonianza*, cit., 38. In senso parzialmente diverso cfr. Baccari, *La testimonianza del prossimo congiunto*, cit., 53, il quale evidenzia che la difficoltà di trovare un fondamento unitario della normativa prevista dall'art. 199 risieda nella circostanza che il legislatore ha previsto in un'unica disposizione due istituti assai diversi tra loro. Il primo, concerne la facoltà di astensione dal deporre dei prossimi congiunti dell'imputato, volta a tutelare prevalentemente il conflitto psicologico che deriverebbe al congiunto se fosse obbligato a deporre. L'altro, consiste nella facoltà di non rispondere a singole domande attribuita al coniuge separato, divorziato o che si trova in situazioni equiparate: tale facoltà sembra finalizzata a tutelare il rispetto delle regole di affidamento reciproco, sulle quali si regge il rapporto matrimoniale o quello di convivenza *more uxorio*.

quelli intercorrenti tra l'imputato e alcune delle persone indicate nell'art. 307 c.p., per quanto concerne il convivente *more uxorio* ha introdotto delle specifiche limitazioni. La posizione di quest'ultimo, difatti, piuttosto che essere equiparata a quella del coniuge e degli altri congiunti (per i quali la facoltà di astensione risulta priva di vincoli temporali, di contenuto, o di modalità di apprensione, nel corso dell'intera deposizione), è assimilata a quella del coniuge separato dell'imputato, o della persona nei cui confronti sia intervenuta sentenza di annullamento, di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio contratto con l'imputato. Con il risultato che a chi, pur non essendo coniuge dell'imputato, come tale conviva o abbia convissuto con esso, le disposizioni dell'art. 199, commi 1 e 2, c.p.p. si applicano limitatamente ai fatti verificatisi e appresi durante la convivenza coniugale. Non solo. Mentre il coniuge, in quanto prossimo congiunto dell'imputato, ha facoltà di astenersi totalmente dal deporre, i soggetti indicati nel comma 3 dell'art. 199 c.p.p. hanno la facoltà di astenersi dal deporre sulle singole domande attinenti ai fatti verificatisi o appresi dall'imputato durante la convivenza[34]. Infine, posta la tassatività delle ipotesi regolate dall'art. 199 c.p.p., il riconoscimento della facoltà di astenersi dal deporre non si estende ai familiari di ciascun convivente[35].

Una differenza di trattamento che per i soggetti nei cui confronti sia intervenuta la cessazione del legame coniugale può trovare una giustificazione nella circostanza che al venir meno dell'unione e della solidarietà reciproca dovrebbe conseguire il venir meno di quel conflitto interiore che il dovere di deporre potrebbe provocare[36]; ma che non pare altrettanto giustificabile per il convivente *more uxorio*, il quale, sebbene si trovi in una situazione affettiva di natura familiare basata sulla convivenza, animata da scopi di reciproca assistenza e da propositi educativi della prole comune, di fatto ed oggettivamente identica a quella dei prossimi congiunti, vede salvaguardato solo in parte il vincolo di solidarietà che lega i membri di una famiglia di fatto. Una scelta precisa, da cui sembra dedursi la volontà di non voler realizzare alcuna parificazione tra la famiglia legittima e la famiglia di fatto[37].

In verità, al di là della effettiva *intentio legis*, non è escluso possano individuarsi motivazioni diverse da porre a fondamento della disciplina, con ciò ridimensionando il significato ideologico da ricondurre a questa presa di posizione. Le ragioni della differenza di trattamento tra coniugi e conviventi potrebbero ravvisarsi nella necessità di definire i confini temporali di una situazione che, non potendo agganciarsi ad un elemento formale quale la celebrazione del matrimonio, impone la ricerca di un mero dato fattuale, di volta in volta da dimostrare. Una prova non sempre agevole, che non può che affidarsi a delle presunzioni, valutabili ai sensi dell'art. 192 c.p.p.[38]. Elementi indicativi – si è già detto – sono considerati: l'esistenza di una consuetudine di vita tra i *partners*, che abbia il requisito subiettivo del trattamento reciproco, analogo per contenuto e forma a quello normalmente nascente dal rapporto coniugale e, altresì, abbia il requisito oggettivo della notorietà esterna del rapporto stesso quale rapporto coniugale, con un certo carattere di stabilità[39]; con la precisazione che, poiché tale valutazione si risolve in una questione di fatto, essa è insindacabile in sede di legittimità se motivata in base a criteri logici [40].

Ove anche, però, si giungesse a questa conclusione, deve, comunque, riconoscersi si tratti di una scelta legislativa criticabile che non tiene conto dei sentimenti di affetto e di solidarietà che legano i componenti di una famiglia di fatto, la cui tutela non può dipendere da una variabile meramente temporale, qual è l'aver conosciuto i fatti "durante" la convivenza. Una soluzione, peraltro, che, sotto altri aspetti, appare eccessivamente drastica[41] , in quanto non considera che il vincolo di solidarietà che può legare tra loro i membri di una famiglia, sia legittima che di fatto, può perdurare anche dopo la cessazione del vincolo affettivo fra i due *partners*, i quali,

[34] Baccari, *La testimonianza del prossimo congiunto*, cit., 68.
[35] Cass. pen., sez. II, 28 marzo 1995, n. 6726, Lorusso, in *C.e.d. Cass.*, n. 201771.
[36] In tal senso v. Faldati, *La testimonianza penale*, Milano, 2012, 101; v., altresì, Di Martino, *La facoltà di astensione dei prossimi congiunti*, in Di Martino-Procaccianti, *La prova testimoniale nel processo penale*, 2ª ed., Padova, 2010, 88.
[37] Al riguardo, v. Pret. Reggio Calabria, sez. Melito Porto Salvo, ord. 25 febbraio 1994, Rallo, in *Arch. n. proc. pen.*, 1994, 400, con nota di Bonsignore, *Il convivente* more uxorio *ed i casi di non punibilità alla luce del nuovo codice di procedura penale*.
[38] Di Martino, *La facoltà di astensione dei prossimi congiunti*, cit., 90.
[39] Ad esempio, v. Cass. civ., sez. III, 28 marzo 1994, n. 2988, Soc. La Nationale assicur. c. Panio, in *Giur. it.*, 1995, I, 1366; conf. Cass. civ., sez. III, 16 settembre 2008, n. 23725, in *C.e.d. Cass.*, n. 604640. In dottrina, cfr., altresì, Bargis, *Testimonianza dei conviventi «more uxorio» e diritto di astensione*, in *Giur. cost.*, 1977, 950 ss.
[40] Cass. pen., sez. VI, 23 marzo 1995, n. 8687, p.m. e Falanga, in *C.e.d. Cass.*, n. 202604.
[41] Scomparin, *Testimonianza*, cit., 40.

soprattutto in presenza di prole, non è da escludere possano trovarsi nella medesima condizione di conflitto interiore di chi, in costanza di matrimonio, è obbligato a decidere tra il dovere di dire il vero e quello di mentire per proteggere il padre o la madre dei propri figli.

4. La tutela del sentimento familiare delle coppie omosessuali.

Ai fini dell'individuazione di una convivenza, da definire, *more uxorio*, è discusso se sia essenziale la differenza di sesso dei conviventi.

Se si privilegia un'esegesi di tipo letterale dell'art. 199 c.p.p. e una visione formale del vincolo matrimoniale, la risposta non può che essere affermativa. Posto, infatti, che il matrimonio si costituisce con l'unione tra un uomo e una donna, diventa conseguente ritenere che il richiamo dell'art. 199 c.p.p. «a chi, pur non essendo coniuge, *come tale*, conviva o abbia convissuto», escluda possa aversi riguardo a una convivenza omosessuale, almeno fin tanto che non si abbia un espresso intervento legislativo che consenta di superare la diversità di genere come elemento essenziale per l'esistenza del vincolo matrimoniale[42].

Ove, invece, si muova dall'idea che gli elementi caratterizzanti il rapporto di coniugio vadano identificati nell'esistenza di un rapporto affettivo stabile in cui siano presenti atteggiamenti di reciproca assistenza, solidarietà e disponibilità a intrattenere rapporti sessuali, la conclusione potrebbe essere diversa, dato che non può ritenersi che tali elementi risultino esclusi dalla sola uniformità di sesso fra le persone in relazione; sicché la facoltà di astensione andrebbe riconosciuta anche al convivente omosessuale[43]. Questa soluzione, sostenuta in una sentenza di merito[44], rimasta isolata, pur essendo stata accolta positivamente da parte della dottrina[45], appare controversa, non essendoci unanimità di vedute circa il grado di tutela che la famiglia di fatto anche tra omosessuali abbia acquisito nel nostro ordinamento[46].

A ben vedere, un'apertura verso il riconoscimento dei diritti dei conviventi omosessuali potrebbe trarsi dalla giurisprudenza della Corte europea sempre più propensa a dare un'interpretazione dai confini ampi dell'art. 8 C.e.d.u., affermando che la nozione di famiglia ivi contenuta non può considerarsi limitata alle relazioni fondate sul matrimonio e può oltrepassare di fatto i legami familiari quando le parti convivono fuori dal matrimonio. Senza, poi, trascurare che, sebbene l'articolo 14 della C.e.d.u sul divieto di discriminazione non include espressamente la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, la giurisprudenza della Corte ha progressivamente mostrato di voler tenere conto del mutamento dei costumi e degli sviluppi della società, giungendo, così, a ritenere che la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale deve essere inclusa tra gli "altri motivi" oggetto del divieto di discriminazione, anche considerando che la norma in questione deve sempre essere letta in rapporto con altre disposizioni della Convenzione europea. E ancora: ha affermato che l'orientamento sessuale va tutelato anche sulla base dell'articolo 8 della C.e.d.u. riguardante la protezione della vita privata e familiare[47].

Allo stesso tempo, tuttavia, va considerato che quando si affrontano problematiche di rilievo penalistico, anche il giudice europeo mostra una particolare cautela.

A proposito della testimonianza dei congiunti, è recente la decisione con cui la Corte di Strasburgo ha escluso sussistere una violazione degli artt. 14 (divieto di discriminazione) e art.

[42] Considera presupposto indefettibile della famiglia intesa come comunità di affetti destinati alla procreazione, Baccari, *La testimonianza del prossimo congiunto*, cit., 71.

[43] Cfr. Bonetti, *Famiglia e processo penale*, cit., 15-16.

[44] Corte assise Torino, 19 novembre 1993, Beckir, in *Ind. pen*., 1994, 143.

[45] Pocar, *Destrutturazione della famiglia e relazioni di coppia*, in *Ind. pen*., 1994, *ivi*, 191 ss.; al riguardo, altresì, con diversità di accenti v. Cattaneo, *Dati ontologici e interpretazione analogica*, *ivi*, 1994, 193 ss.; Fanchiotti, *Diritto alla privacy e alla prova*, *ivi*, 1994, 195 ss.

[46] Ad esempio, per Menna, *Prove dichiarative*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, vol. II, *Prove e misure cautelari*, t. I, *Le prove*, a cura di Scalfati, Torino, 2009, 173, «quando e se questa tutela verrà compiutamente accordata in generale dal nostro legislatore, nell'ipotetica mancanza anche futura di un'espressa previsione in sede processuale penale, si potrà assimilare in tutto e per tutto il conflitto psicologico che insorge nel convivente omosessuale dell'imputato alla lacerazione interiore che si vuole scongiurare nel teste convivente eterosessuale. Diversamente, bisognerà piuttosto parificare l'accennato conflitto psicologico a quello di persone legate da un vincolo di amicizia di cui non si tiene conto ai fini dell'esclusione dell'obbligo di testimoniare e di affermare la verità».

[47] Al riguardo, *ex plurimis*, v. Corte e.d.u., 22 gennaio 2008, E.B. c. Francia, n. 43546/02, in *www.hudoc.echr.coe.int*; Corte e.d.u., 21 dicembre 1999, Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo, n. 33290/96, *ivi*; Corte e.d.u., 27 settembre 1999, Smith e Grady c. Regno Unito, n. 33985/96, *ivi*.

8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) C.e.d.u., per il mancato riconoscimento da parte della normativa olandese del diritto di astensione dalla testimonianza al convivente *more uxorio*, diversamente riconosciuto alle coppie sposate o registrate[48].

Più precisamente, merita evidenziare che secondo i giudici europei il tentativo di costringere il convivente a testimoniare rappresenta una violazione della vita familiare[49], ma costituisce un'ingerenza legittima, in quanto necessaria, in una società democratica, per la tutela della pubblica sicurezza e, in particolare, per la prevenzione dei reati. Gli Stati, al riguardo, adottano discipline diverse e ove non sia prevista un'equiparazione tra coppie di fatto e coppie "formalizzate", non è detto sussista una violazione del divieto di non discriminazione: se il diritto di astensione rappresenta un'eccezione al dovere di testimoniare, non è escluso che tale diritto possa essere limitato e soggetto a condizioni e formalità, allo scopo di individuare chiaramente le categorie dei beneficiari dell'esenzione, confinando la stessa a legami che siano verificabili oggettivamente.

La posizione assunta dalla Corte europea, però, non è esente da critiche e le più interessanti sono state formulate dagli stessi giudici europei nel motivare le proprie *dissenting opinions*. Tra queste, va evidenziata quella sul rispetto del principio di non discriminazione: se la *ratio* del divieto di testimoniare va rinvenuta nella tutela della famiglia, una volta riconosciuto che anche le coppie di fatto costituiscono una famiglia ai sensi dell'art. 8 C.e.d.u, la loro tutela non può dipendere dalla formalizzazione o meno della loro unione, pena un'arbitraria discriminazione[50].

Anche questo dato, nondimeno, finisce con il confermare che la tutela dei diritti delle famiglie di fatto rimane un tema sul quale non si registrano posizioni comuni, come, peraltro, dimostrato dalla molteplicità di orientamenti assunti al riguardo all'interno degli ordinamenti degli Stati membri.

Sul concetto di famiglia, soprattutto, in ambito penale, continuano a confrontarsi modelli diversi, e nel nostro ordinamento, dalle posizioni assunte dalla Corte costituzionale, sembra potersi rinvenire un'idea di famiglia riconducibile al modello pubblicistico autoritario in cui specifico accento viene posto sulla istituzione della famiglia in sé, piuttosto che sui suoi singoli componenti e sulle relazioni che li legano tra loro; un modello che evoca l'idea della stabilità e indissolubilità del matrimonio, ma che si scontra con i caratteri civilistici della famiglia, in cui sempre più prevale la reale consonanza affettiva tra gli individui che la compongono.

Il che dimostra, pure sotto questo profilo, che, nonostante siano stati fatti numerosi e rilevanti progressi, non sia ancora possibile registrare con certezza un'effettiva evoluzione della società e dei costumi, essendosi in attesa di un ulteriore processo di maturazione culturale. Alla cui accelerazione se è lecito aspettarsi possa dare un contributo d'interesse la giurisprudenza delle Corti europee di Strasburgo e Lussemburgo chiamate in modo ricorrente a occuparsi del riconoscimento dei diritti delle coppie di fatto anche omosessuali; non altrettanto – come si è accennato – pare potersi aspettare dalla Corte costituzionale, la cui cautela sulla equiparazione dei diritti dei conviventi e dei coniugi, non è da escludere, a ben vedere, celi proprio la preoccupazione che ciò possa determinare l'automatica equiparazione dei diritti delle coppie omo ed eterosessuali. «Se assimilare la coppia omo alla coppia etero unita dal matrimonio è impossibile in virtù del matrimonio concepito tra etero; al contrario, assimilare la coppia omo alla coppia etero non unita dal matrimonio diventa possibile proprio perché viene meno ciò che senza dubbio obbliga a diversificare, e cioè per l'appunto il matrimonio»[51]. Il rischio, cioè, che si possa invocare il superamento della diversità di genere come elemento fondamentale dell'istituzione familiare.

Certo è che si tratta di problematiche la cui delicatezza imporrebbe un intervento del potere politico, il quale non pare possa ancora a lungo sottrarsi dall'assumere una chiara posizione sulla tutela delle unioni civili e, in questo ambito, sulla equiparazione dei diritti tra

[48] Corte e.d.u., 3 aprile 2012, Van der Heijden c. Olanda, n. 42857/05, in *www.hudoc.echr.coe.int*.

[49] Sul punto la Corte ricorda che il concetto di vita familiare a cui si riferisce l'art. 8 C.e.d.u. «*ne se borne pas aux seules familles fondées sur le mariage, mais peut englober d'autres relations* de facto» (Corte e.d.u., 3 aprile 2012, Van der Heijden c. Olanda, cit., § 50, in *www.hudoc.echr.coe.int*; analogamente, per tutti, v. Corte e.d.u., 22 novembre 2010, Moretti e Benedetti c. Italia, n. 16318/07, *ivi*; Corte e.d.u., 22 aprile 1997, X, Y, Z, c. Regno Unito, n. 21830/93; Corte e.d.u., 27 ottobre 1994, Kroon e altri c. Paesi Bassi, n. 18535/91, *ivi*; Corte e.d.u., 26 maggio 1994, Keegan c. Irlanda, n. 16969/90; Corte e.d.u.,18 dicembre 1986, Johnston e altri c. Irlanda, n, 9697/82, *ivi*).

[50] In tal senso v. Corte e.d.u., 3 aprile 2012, Van der Heijden c. Olanda, cit., in particolare, l'opinione dissenziente dei giudici Tulkens, Vajić, Spielmann, Zupančič et Laffranque.

[51] Bartoli, *Unioni di fatto*, cit., 1626-1627.

coppie etero e omosessuali.

5. La responsabilità penale del convivente in caso di dichiarazioni false.

La facoltà di astensione dalla testimonianza disciplinata dall'art. 199 c.p.p. è strettamente connessa all'applicazione della causa di non punibilità prevista dall'art. 384 c.p. in favore di chi commette uno dei reati ivi elencati «per esservi stato costretto dalla necessità di salvare un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore». Ora, posto che il congiunto che dice il falso per proteggere il proprio familiare può non rispondere penalmente del reato commesso, può l'art. 384 c.p. estendersi anche al convivente? In altri termini, il richiamo alla categoria dei prossimi congiunti impedisce di estenderne l'applicazione anche al convivente che, come più volte ricordato, non è compreso nell'elenco contenuto nell'art. 307 c.p.?

Da tempo la dottrina[52] considera irragionevole tale limitazione e la disparità di trattamento che ne consegue. I conviventi possono essere portatori di un medesimo conflitto tra diverse esigenze di lealtà e quindi essere soggetti ai medesimi condizionamenti psicologici[53]. Non può, peraltro, rimanere priva di rilievo, per l'appunto, la facoltà di astensione riconosciuta ai conviventi dal codice di procedura penale del 1988, apparendo irragionevole che la convivenza di fatto riceva considerazione soltanto sul versante processuale e non anche sul piano sostanziale.

Ecco perché, pure secondo parte della giurisprudenza[54], occorre superare questa incongruenza attraverso un'interpretazione analogica *in bonam partem* dell'art. 384, comma 1, c.p., in quanto comunque norma di favore, riferita alle cause scusanti, e giustificata dall'identità di *ratio* fra la situazione prevista e quella non contemplata.

Che si tratti di disposizioni le quali condividono la medesima identità di *ratio*, del resto, trova conferma in alcune affermazioni dei giudici di legittimità[55], che, nel ravvisare la *ratio* dell'art. 384 c.p. nell'esigenza, di tenere conto di quel conflitto di interessi in cui si può trovare il testimone tormentato dal dovere dire la verità e difendere un prossimo congiunto da un grave e inevitabile pregiudizio nella libertà o nell'onore, avvalorano l'idea che tale disciplina risulti strettamente connessa con la prescrizione processuale contenuta nell'art. 199 c.p.p, essendo la *ratio* della facoltà di astensione dei prossimi congiunti dell'imputato prevalentemente ravvisata proprio nella tutela del sentimento familiare (latamente inteso) e nel riconoscimento del conflitto che può sorgere in colui che è chiamato a rendere testimonianza, tra il dovere di deporre e dire la verità e l'esigenza di non danneggiare il prossimo congiunto[56].

I giudici di merito, però, per la maggioranza, anziché percorrere la strada di un'interpretazione adeguatrice della normativa, hanno preferito cercare l'avallo della Corte costituzionale, la quale specialmente sui temi di diritto penale sostanziale ha avuto modo di elaborare il proprio orientamento contrario all'estensione dei diritti dei coniugi ai conviventi *more uxo-*

[52] In tal senso v. Manna, *L'art. 384 c.p. e la "famiglia di fatto": ancora un ingiustificato "diniego di giustizia" da parte della Corte costituzionale?*, in *Giur. cost.*, 1996, 93; Menna, *Prove dichiarative*, cit., 172: Pelazza, *Obbligo di testimonianza del convivente* more uxorio*: la Corte EDU non apre alle coppie di fatto. Riflessioni su art. 384 c.p. e famiglia di fatto*, in *Dir. pen. cont.*, 15 giugno 2012. Per la tesi, invece, secondo cui la questione non può essere risolta in sede interpretativa, visto che, trattandosi di cause di non punibilità, esse devono essere considerate norme di carattere eccezionale, in quanto facenti eccezione – per ragioni di opportunità di politico-criminale od in relazione ad eventi specifici – alla regola generale delle indefettibilità della pena all'accertamento della sussistenza degli elementi costitutivi del fatto tipico: come tali, non sono estensibili in via analogica, neanche *in bonam partem*, v., fra gli altri, Pestelli, *L'art. 384 c.p. ed il convivente* more uxorio*: i termini di un rapporto negato*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 489.

[53] V. richiamo di Baccari, *La testimonianza del prossimo congiunto*, cit., 72.

[54] Così Cass. pen., sez. VI, 22 gennaio 2004, n. 22398, Esposito, in *C.e.d. Cass.*, n. 229676. *Contra*, Cass. pen., sez. V, 22 ottobre 2010, n. 41139, Migliaccio, *ivi*, n. 248903; Cass. pen., sez. II, 17 febbraio 2009, n. 20827, Agate *ivi*, n. 244725; Cass. pen., sez. VI , 28 settembre 2006, n. 35967, Cantale, *ivi*, n. 234862.

[55] Cass. pen., sez. un., 29 novembre 2007, n. 7208, p.m. in proc. Genovese, in *Cass. pen.*, 2008, 2339, con nota di Andreazza, *Considerazioni a margine della sentenza sez.un. Genovese: la causa di non punibilità dell'art. 384 c.p. e la rinuncia alla facoltà di astenersi*.

[56] In questi termini v. Pastorelli, *La convivenza* more uxorio *non esclude la punibilità del favoreggiamento personale*, in *Giur. cost.*, 2009, 1533; altresì, v. Manna, *L'art. 384 c.p.*, cit., 92 ss., il quale osserva che la situazione del convivente *more uxorio* deve considerarsi equiparabile a quella del coniuge, sotto il profilo della convivenza di affetti e della comunanza di scopi, così come confermato dalla introduzione dell'art. 199 c.p.p. (che proprio sulla base di questa identità di *ratio* ha provveduto ad ampliare la categoria dei prossimi congiunti).

rio[57]. Come si è già più volte evidenziato, il Giudice delle Leggi ha mostrato una particolare fermezza nel respingere le questioni di legittimità costituzionale di volta in volta sollevate, a causa della diversità, non solo formale, tra il rapporto coniugale e di fatto, ma anche per la non irragionevolezza di tale distinzione, trattandosi di valutazioni che, si è ritenuto, sono rimesse alla discrezionalità del legislatore, esulando dai poteri della Corte[58]. Né rappresenta una soluzione obbligata ritenere che i beni riguardanti la vita familiare debbano avere lo steso peso a seconda che si tratti di famiglia legittima o di fatto: per la Corte[59], per la famiglia legittima non esiste soltanto un'esigenza di tutela delle relazioni affettive individuali e dei rapporti di solidarietà personali; a questa esigenza si somma quella di tutela dell'istituzione familiare come tale, il cui elemento essenziale e caratterizzante è la stabilità; un bene che i coniugi ricercano attraverso il matrimonio e i conviventi affidano al loro impegno reciproco quotidiano. Se è, dunque, indubbio che la posizione del convivente meriti riconoscimento, l'orientamento della Corte costituzionale è chiaro nell'escludere debba necessariamente coincidere con la tutela che il coniuge riceve in relazione alla protezione dei vincoli affettivi e solidaristici, risultando legittime, nel settore dell'ordinamento penale, soluzioni legislative differenziate. Come, peraltro, dimostrato dalla comparazione con altri ordinamenti europei. La preoccupazione, più volte espressa dal Giudice delle Leggi[60], riguarda soprattutto le possibili ricadute di sistema che un intervento che assumesse in ipotesi la pretesa identità della posizione spirituale del convivente e del coniuge, rispetto all'altro convivente o all'altro coniuge, potrebbe produrre[61]. Né assume alcun rilievo l'estensione operata dall'art. 199 c.p.p. ai conviventi, che, anzi, dimostra che quando il legislatore ha inteso attribuire rilevanza giuridica al rapporto di convivenza ha compiuto scelte selettive e mirate a casi determinati[62].

In verità, il collegamento tra gli articoli 199 c.p.p. e 384 c.p. forse avrebbe dovuto essere più opportunamente valorizzato riconoscendo tra le due fattispecie l'esistenza di un legame strumentale. Se, come affermato dalle Sezioni unite[63], si muove dall'idea che la norma sostanziale riveste una funzione strumentale rispetto a quella processuale – per cui l'art. 384 c.p. andrebbe, specialmente, a coprire quelle situazioni in cui il congiunto non abbia potuto beneficiare della facoltà di astensione in quanto non avvertito – è irragionevole la conclusione per cui il convivente non possa beneficiare dell'applicazione dell'esimente quando, secondo la previsione del comma 2 dell'art. 384 c.p., il giudice o il pubblico ministero o il difensore non lo abbiano avvertito della facoltà di non testimoniare e questi commetta un reato per salvare il proprio congiunto dal rischio di un "nocumento alla libertà e all'onore". Si tratta, infatti, di una discrasia evidente, per rimediare alla quale dovrebbe potersi affermare che, quanto meno in questi casi, la nozione di "prossimo congiunto", invocata dall'art. 384 c.p., si estenda all'insieme dei soggetti cui fa riferimento l'art. 199 c.p.p.: prossimi congiunti, adottante-adottato, convivente[64].

[57] Osserva Gaeta, *La problematica relazione tra famiglia di fatto e diritto penale*, cit., 84, «il diritto penale è davvero, nei diversi ambiti dell'ordinamento, il custode più arcigno e severo della tavola assiologia dell'ordinamento stesso, il vero selettore dei "nuovi" valori e l'artefice principale della calibratura di quelli già esistenti, rispetto alle nuove sensibilità sociali. Solo se effettivamente "accettato" nell'orizzonte normativo del diritto penale sostanziale, un nuovo e diverso assetto di valori potrà dirsi davvero incluso, come tale, nel complesso dell'ordinamento».

[58] Per tutti, v. Corte cost., 11 gennaio 1996, n. 8, cit., che, inoltre, sottolinea come l'estensione delle cause di non punibilità, costituendo altrettante deroghe a norme penali generali, richiede strutturalmente un giudizio di ponderazione a soluzione aperta tra ragioni diverse e confliggenti – in questo caso, in primo luogo quelle che sorreggono la norma generale, posta a tutela della esigenza di repressione dei delitti contro l'amministrazione della giustizia e quelle che viceversa sorreggono la norma derogatoria, posta a tutela del vincolo solidale-affettivo sussistente all'interno dell'aggregato familiare – il quale non può che essere frutto di una precisa scelta di politica legislativa.

[59] *Ibidem.*

[60] In tal senso, *ex plurimis*, v. Corte cost., 4 maggio 2009, n. 140, cit., 1521; Corte cost., 12 luglio 2000, n. 352, cit.; Corte cost., 11 gennaio 1996, n. 8, cit.; Corte cost., 13 novembre 1986, n. 237, in *www.giurcost.it.*

[61] Come sottolineato, ancora una volta, da Corte cost., 4 maggio 2009, n. 140, cit., 1521, «Un'eventuale dichiarazione di incostituzionalità che assumesse in ipotesi la pretesa identità della posizione spirituale del convivente e del coniuge, rispetto all'altro convivente o all'altro coniuge, oltre a rappresentare la premessa di quella totale equiparazione delle due situazioni che – come si è detto – non corrisponde alla visione fatta propria dalla Costituzione, determinerebbe ricadute normative consequenziali di portata generale che trascendono l'ambito del giudizio incidentale di legittimità costituzionale». In senso critico, tuttavia, è stato rilevato che nel caso *de qua*, i giudici della Consulta non abbiano tenuto conto del fatto che, a differenza che nei giudizi incidentali di legittimità costituzionale definiti con le sentenze n. 237 del 1986 e n. 8 del 1996, l'ordinanza di rimessione aveva investito soltanto l'art. 384, comma 1, c.p. e non il combinato disposto di quest'ultimo e dell'art. 307, comma 4 del medesimo codice; sicché un'eventuale declaratoria di incostituzionalità non avrebbe inciso sulla definizione generale di "prossimi congiunti", ma avrebbe esclusivamente comportato un'estensione dell'ambito soggettivo di applicazione di una singola causa di non punibilità (Pastorelli, *La convivenza*, cit., 1532).

[62] Corte cost., 4 maggio 2009, n. 140, cit., 1522-1523.

[63] Cass. pen., sez. un., 29 novembre 2007, n. 7208, p.m. in proc. Genovese, cit., 2341.

[64] Cfr. Bonetti, *Famiglia e processo penale*, cit., 60.

Ciò non eliminerebbe comunque le incongruenze del mancato coordinamento tra le due discipline, dato che, ad esempio, la diversa ampiezza della facoltà di astensione riconosciuta ai conviventi comporta che, a differenza del coniuge, per il convivente si moltiplica il rischio di commettere un reato contro l'amministrazione della giustizia, giacché la possibilità di sottrarsi al dovere di rendere dichiarazioni contro l'altro *partner* – come si è detto – riguarda solo i fatti appresi durante la convivenza e non sussiste un diritto a non rispondere a singole domande ma la rinuncia va fatta all'inizio della deposizione.

Le distanze tra le due posizioni, invece, si riducono quando il coniuge non può avvalersi della facoltà di astensione perché ricorre una delle situazioni previste dalla seconda parte del comma 1 dell'art. 199 c.p.p., avendo presentato denuncia, querela o istanza ovvero essendo egli o un suo prossimo congiunto offesi dal reato; o ancora: quando, il coniuge, pur essendo stato avvertito della facoltà di astenersi, abbia rinunciato a questa facoltà. Qui, la tutela della genuinità della testimonianza prevale su quella del sentimento familiare, con esclusione della possibilità di invocare l'applicazione dell'art. 384 c.p.; in primo luogo, perché la facoltà di astensione non è un valore assoluto e, poi, perché sarebbe incompatibile con il sistema processuale ammettere la testimonianza di un soggetto con facoltà di mentire[65].

L'argomento è delicato e meriterebbe un maggiore approfondimento[66], che gli spazi di questo lavoro non consentono, ma, in questi casi, l'esigenza di sottrarre il prossimo congiunto al conflitto interiore che deriva dalla scelta tra dire il vero ed esporre il familiare ad un nocumento alla libertà o all'onore, sembra sia stata risolta in radice dal legislatore nel momento in cui, tutelando il diritto al silenzio, ha riconosciuto al dichiarante la facoltà di astenersi. Se, dunque, l'agente non si avvale di tale facoltà e accetta di deporre, pur sussistendo e persistendo quel tormentoso contrasto che deriva dal cagionare un danno a un proprio congiunto, non potrà «tornare ad invocare "ancora" una volta a sua discolpa la situazione di necessità prevista dall'art. 384 c.p.»[67].

6. Aspetti della tutela penale delle unioni di fatto.

L'atteggiamento di chiusura della Corte costituzionale si registra anche con riferimento all'applicazione di un'altra fattispecie di favore: l'art. 649 c.p., il quale prevede la non punibilità di alcuni delitti contro il patrimonio quando il fatto è stato commesso senza violenza a danno del coniuge non legalmente separato[68]. Pure a tale riguardo, la Corte mostra di aderire alla visione pubblicistica della nozione di famiglia adottata dal diritto penale e sottolinea che l'impossibilità di estendere l'applicazione della norma anche alle convivenze di fatto trovi giustificazione nella non irragionevolezza della differenza di trattamento da riservare ai coniugi e alle coppie di fatto.

Ci preme, in particolare, mettere in evidenza uno dei passaggi del ragionamento dei giudici in ordine alla esclusione di una pretesa identità di *ratio* tra la norma impugnata e l'art. 199 del codice di procedura penale. Questa la tesi: la prevalenza delle relazioni affettive familiari sull'interesse della collettività sancita dalla norma processuale opera in una direzione assolu-

[65] Cass. pen., sez. un., 29 novembre 2007, n. 7208, p.m. in proc. Genovese, cit., 2341 ss. In senso contrario v. Cass. pen., 4 ottobre 2001, n. 44761, Mariotti, in *C.e.d. Cass.*, n. 220326, «In tema di reato di falsa testimonianza, la causa di non punibilità prevista dall'art. 384 c.p., è applicabile anche quando il prossimo congiunto dell'imputato abbia operato la scelta di non avvalersi della facoltà di astenersi dal testimoniare, in quanto la suddetta causa, che trova la sua giustificazione nell'istinto alla conservazione della propria libertà e del proprio onore (*nemo tenetur se detegere*) e nell'esigenza di tener conto agli stessi fini dei vincoli di solidarietà familiare, presuppone una situazione di necessità, nettamente distinta da quella prevista in via generale dall'art. 54 c.p. poiché non richiede che il pericolo non sia stato causato dall'agente, nella quale il nocumento alla libertà e all'onore è evitabile solo con la commissione di uno dei reati contro l'amministrazione della giustizia. Ne consegue che l'obbligo legale di testimoniare o anche la libera scelta di farlo nell'ipotesi in cui non si eserciti, ove prevista, la facoltà di astenersi non incidono sull'operatività della suddetta esimente (nella specie è stata esclusa la punibilità del testimone che aveva deposto il falso dopo aver rinunciato alla facoltà di astenersi dal testimoniare, peraltro erroneamente attribuitagli dal giudice); in dottrina cfr. Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2012, 686.

[66] In argomento, fra gli altri, v. Andreazza, *Considerazioni a margine della sentenza sez.un. Genovese: la causa di non punibilità dell'art. 384 c.p. e la rinuncia alla facoltà di astenersi*, cit., 2344 ss.; Scarcella, *Punibile il falso teste "avvisato" di astenersi nel processo a carico del prossimo congiunto*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 163 ss.

[67] In questi termini v. Cass. pen., sez. un., 29 novembre 2007, n. 7208, p.m. in proc. Genovese, cit., 2343.

[68] Corte cost., 12 luglio 2000, n. 352, cit.; Corte cost., 7 aprile 1988, n. 423, in *www.giurcost.it*. In dottrina, in argomento, fra gli altri, v. Beltrani, *Ancora sulla (mutevole) rilevanza penale della famiglia di fatto*, cit., 1030 ss.; Merenda, *Brevi note sui rapporti di famiglia come 'causa di non punibilità' nei delitti contro il patrimonio*, in *Cass. pen.*, 2009, 2400.

tamente antitetica a quella posta a fondamento della causa di non punibilità prevista dall'art. 649 c.p. Mentre la norma processuale valorizza l'esigenza di salvaguardare la posizione del familiare chiamato a rendere testimonianza, consentendogli di non rendere testimonianza al fine di sottrarsi alla difficile alternativa fra depore il falso o nuocere al congiunto. Al contrario, la norma penale protegge l'istituzione familiare in una prospettiva in certo qual senso inversa, e, cioè, anche a eventuale discapito del singolo componente, il quale viene privato della tutela penale offerta dalle norme incriminatrici poste a presidio del patrimonio pure se abbia, nel caso concreto, un personale interesse alla punizione del colpevole. Si conferma, cioè, l'idea che la norma intenda tutelare l'unità dell'istituzione familiare in sé, non le relazioni affettive che legano i suoi componenti (visto che la commissione del reato è sintomatica dell'esser venuta meno l'*affectio* tra i due coniugi); una situazione, quindi, che non è assolutamente comparabile con quella dei conviventi di fatto, il cui legame si caratterizza per la mancanza dei caratteri di stabilità e certezza propri del vincolo coniugale. Di qui: se scopo della norma è la protezione della stabilità dell'"istituzione familiare", è soltanto rispetto a quest'ultima che si giustifica l'affievolimento della tutela del singolo componente, non apparendo illogica e "discriminatoria" la mancata estensione del medesimo regime ad una situazione di fatto quale la convivenza *more uxorio*.

La difficoltà di superare l'assenza di un richiamo alla figura del convivente, poi, è data anche dalla circostanza che, soprattutto in una fattispecie come quella in esame alla cui base vi è una scelta valoriale, espressione di una logica di mera opportunità politica, l'atteggiamento di *self restraint* della Corte non appare privo di giustificazione, rispondendo alla doverosa ripartizione di ruoli tra potere legislativo e giurisprudenziale che generalmente si chiede alla Corte di rispettare.

Ciò, tuttavia, non esclude la possibilità di individuare soluzioni ermeneutiche diverse. Anzitutto, va criticato l'assunto di partenza del ragionamento dei giudici costituzionali rivolto alla tutela della famiglia sotto l'aspetto istituzionale, piuttosto che avendo riguardo al vincolo di solidarietà e di affetti che lega tra loro i suoi componenti[69]. Secondo attenta dottrina[70], in particolare, c'è da chiedersi se non sia preferibile ricercare un'interpretazione alternativa dell'art. 649 c.p. maggiormente compatibile con il nostro sistema costituzionale basato sulla valorizzazione del singolo e il cui accoglimento avrebbe quale conseguenza di consentire di estendere l'applicazione della norma anche alle ipotesi di convivenza *more uxorio*[71]. La tesi è che la *ratio* della disciplina piuttosto che individuarsi nella tutela dell'"istituzione familiare" vada ricercata nell'esigenza di favorire la riconciliazione delle parti. Se, infatti, è indubbio che la realizzazione di un reato infrange l'unità della famiglia, e che questa unità può essere ulteriormente deteriorata, se non addirittura compromessa, attraverso la punizione del fatto, è possibile sostenere che «il fatto è sottratto alla punizione non tanto per evitare di rompere ciò che in realtà è già rotto attraverso la commissione del reato, ma per non creare una frattura ulteriore che potrebbe compromettere i presupposti per una eventuale conciliazione»[72]. In quest'ottica, «il coniuge viene privato della tutela penale offerta dalla norma incriminatrice non nel nome di un'unità prevaricatrice, ma per agevolare la riconciliazione, con il risultato finale di far prevalere l'interesse alla riconciliazione (e quindi ad un'unità reale ed effettiva sugli affetti) su quello individuale della punizione»[73].

Di qui, se si sposta l'attenzione dall'istituzione matrimoniale ai singoli, accostandosi a una visione individual-liberale del modello familiare, si ampliano gli spazi della tutela penale delle unioni di fatto. Com'è stato talvolta riconosciuto anche dalla giurisprudenza della Suprema

[69] Secondo Bertolino, *La famiglia, le famiglia*, cit., 582, «se discutibile e indimostrata appare l'affermazione che con la commissione del reato sarebbe comunque venuta a mancare quella comunanza di affetti e di interessi che cementa la convivenza *more uxorio* e la contrassegna del requisito della stabilità alla base della causa di non punibilità, altrettanto precaria si dimostra la concezione che la Corte costituzionale ha della convivenza come relazione contrassegnata dalla precarietà».

[70] Bartoli, *Unioni di fatto*, cit., 1623.

[71] Osserva Riondato, *«Famiglia» nel diritto penale italiano*, cit., 77, «il giurista non può non saper bene che l'obiettivo di identificare nel "coniuge" anche il convivente di fatto *more uxorio* si raggiunge agevolmente, volendo, attraverso la ricognizione degli scopi di tutela calati su un elemento testuale che in fin dei conti è lasciato aperto a realtà di fatto oltre che di diritto, in mancanza di precise indicazioni al riguardo; così come egli sa che, volendo, può individuare tali indicazioni impegnando l'intero ordinamento a conformare adeguatamente i valori in gioco».

[72] Bartoli, *Unioni di fatto*, cit., 1624.

[73] Bartoli, *op. loc. cit*.

Corte[74] ai fini dell'applicabilità dell'art. 649 c.p., è difficile, ai nostri giorni, affermare che la famiglia è soltanto quella che si fonda sul matrimonio e non anche quella che si fonda su una convivenza eventualmente durata decenni, che ha spesso condotto alla procreazione di figli, caratterizzata dall'assistenza reciproca, dalla condivisione di ideali e stili di vita. E allora, diventa conseguente ritenere che, se ragioni di politica criminale hanno condotto a considerare non punibile il furto commesso in danno del coniuge convivente e punibile a querela quello commesso in danno del coniuge legalmente separato, identiche ragioni giustificano il riconoscimento del medesimo trattamento per chi sia, o sia stato, legato dal medesimo vincolo non fondato sul matrimonio esistendo, anche in questi casi, la prevalenza dell'interesse alla riconciliazione rispetto a quello alla punizione del colpevole[75].

Del resto, non si può non ricordare che la tesi secondo cui la "famiglia" non è, solo, quella basata sul matrimonio, ma anche quella "di fatto", per anni è stata sostenuta a proposito dell'applicazione del reato di maltrattamenti[76]. Nonostante le resistenze di parte dottrina[77] e la tensione con il principio del divieto di analogia *in malam partem*, in giurisprudenza ha rappresentato un punto fermo la tesi secondo cui tra i soggetti attivi del reato rientra pure il convivente *more uxorio*[78]. Segnatamente, ai fini dell'applicazione dell'art. 572 c.p., si è affermato che per "Famiglia" deve intendersi «ogni consorzio di persone tra le quali, per intime relazioni e consuetudini di vita, siano sorti legami di reciproca assistenza e protezione: anche il legame di puro fatto stabilito tra un uomo ed una donna vale pertanto a costituire una famiglia in questo senso, quando risulti da una comunanza di vita e di affetti analoga a quella che si ha nel matrimonio»[79].

Certo, può colpire che si sia avuto più coraggio a pervenire a un'interpretazione estensiva della categoria dei prossimi congiunti, relativamente all'applicazione di una norma incriminatrice, e non anche – come si è visto sopra – per l'applicazione di norme escludenti la punibilità. Ciò, tuttavia, è sintomatico dell'esistenza di un panorama giurisprudenziale che, con riguardo al rilievo penale delle convivenze *more uxorio*, appare costellato da soluzioni non sempre coerenti tra loro[80]. Un motivo in più per invocare un intervento del legislatore che possa rendere razionale questa delicata materia.

Un primo passo in questa direzione è stato compiuto con la legge n. 172 del 2012[81], che ha espressamente esteso l'ambito applicativo del reato di maltrattamenti anche ai rapporti di "convivenza", così mostrando chiaramente[82] che è interesse dello Stato salvaguardare la famiglia, sia legittima che di fatto, e anche, più specificamente, tutelare l'interesse del soggetto passivo al rispetto della sua personalità nello svolgimento dei rapporti che lo legano – affet-

[74] Cass. pen., sez. IV, 21 maggio 2009, n. 32190, p.g. in proc. Trasatti, in *C.e.d. Cass.*, n. 244692, «E chi – proseguono i giudici – riuscirebbe a distinguere la situazione personale di uno dei protagonisti di questa vicenda umana, che spesso ha termine solo con la morte di uno dei partecipi, da quella di chi ha contratto formalmente il matrimonio?». *Contra*, Cass. pen., 13 ottobre 2009, p.g. in proc. Cucca, n. 44047, *ivi*, n. 245626.

[75] Così Cass. pen., sez. IV, 21 maggio 2009, n. 32190, cit.

[76] In argomento, fra gli altri, v. Beltrani, *La (mutevole) rilevanza penale della famiglia di fatto*, cit., 2861; Bersani, *Maltrattamenti in famiglia e convivenza di fatto*, in *Fam. dir*., 2002, 136 ss.; Larizza, *Contenuti e limiti della tutela penale della famiglia*, in *Min. giust.*, 2009, 47; Monticelli, *Maltrattamenti in famiglia o verso i fanciulli (art. 572)*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale - Parte speciale*, *Delitti contro la morale pubblica, di prostituzione, contro il sentimento per gli animali e contro la famiglia*, vol. VI, diretto da Cadoppi-Canestrari-Manna-Papa, cit., 637 ss.; Riondato, *«Famiglia» nel diritto penale italiano*, cit., 60 ss.

[77] In tal senso v. Viola, *Discutibile applicare la sanzione a chi non assume impegni formali*, in *G. dir*., 2008, n. 34, 93.

[78] Cass. pen., sez. VI, 29 gennaio 2008, n. 20647, B., in *G. dir.*, 2008, n. 34, 91; Cass. pen., sez. VI, 24 gennaio 2007, n. 21329, Gatto, in *C.e.d. Cass.*, n. 236757, nonché in *Cass. pen*., 2008, 2858, con nota di Beltrani, *La (mutevole) rilevanza della famiglia di fatto nel diritto penale*, cit.; Cass. pen., sez. VI, 10 ottobre 2001, n. 36576, in *Fam. dir*., 2001, 135.

[79] Così, in particolare, Cass. pen., sez. II, 1 marzo 1966, n. 320, Palumbo, in *C.e.d. Cass.*, n. 101563.

[80] In questi termini v. Stabile, *L'art. 591 c.p. e la tutela penale delle convivenze* more uxorio, in *Corr. mer*., 2010, 758.

[81] Tale legge nel ratificare la convenzione di Lanzarote del 25 ottobre 2007 avente a oggetto la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, oltre a importanti modifiche che hanno riguardato direttamente i reati di pedofilia e di prostituzione minorile, è intervenuta in altri correlati settori dell'ordinamento penale, rafforzando la disciplina di tutela nei confronti di soggetti "deboli" – non necessariamente minori – contro le aggressioni altrui: emblematico è l'intervento ampliativo dell'ambito di operatività del reato di maltrattamenti anche ai rapporti di "convivenza" non ricomprendibili nella tradizionale nozione di famiglia (Al riguardo, cfr. Amato, *Reato di maltrattamenti esteso alle convivenze*, in *G. dir*., 2012, n. 43, 82).

[82] Nella relazione illustrativa redatta durante il transito del disegno di legge a Palazzo Madama, si legge che «con tale novella il legislatore codifica un principio già ripetutamente e costantemente affermato dalla giurisprudenza. Si ricorda, da ultimo, la sentenza n. 29647 del 2008 nella quale la sesta sezione della Corte di Cassazione ha ribadito che "ai fini della configurabilità del reato di maltrattamenti in famiglia, non assume alcun rilievo la circostanza che l'azione delittuosa sia commessa ai danni di una persona convivente 'more uxorio', visto che il richiamo contenuto nell'art. 572 c.p. alla 'famiglia' deve intendersi riferito ad ogni consorzio di persone tra le quali, per strette relazioni e consuetudini di vita, siano sorti rapporti di assistenza e solidarietà per un apprezzabile periodo di tempo"» (Relazione illustrativa all'A.S. n. 1969-B, Ufficio Studi del Senato, gennaio 2011, n. 269, 32, nota n. 9).

tivamente, ma non solo – con altra persona con la quale ha instaurato un rapporto stabile di convivenza/ frequentazione, dalla quale può e deve pretendere rispetto assoluto verso condotte (consistenti in aggressioni fisiche o vessazioni o manifestazioni di disprezzo) che risultino "abitualmente" lesive della propria integrità fisica e/o morale[83].

È recente, inoltre, l'approvazione del d.l. 14 agosto 20113, n. 93, contenente *Disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province*, conv. in l. 15 ottobre 2013, n. 119, che ha utilizzato la relazione affettiva come parametro delle misure di prevenzione e di contrasto introdotte per fronteggiare il dilagante fenomeno della violenza di genere. Sicché, rilevante sotto il profilo penale è d'ora in poi la relazione tra due persone a prescindere dalla convivenza o dal vincolo matrimoniale (attuale o pregresso)[84].

Si tratta, però, ancora una volta, di interventi settoriali che lasciano irrisolte e in attesa di trovare risposta le numerose altre questioni riguardanti la tutela penale delle unioni di fatto[85].

7. L'allontanamento dalla casa familiare.

Un riferimento generico alla casa familiare, da intendere come la dimora di qualunque nucleo familiare sia esso costituito di diritto o di fatto è contenuto nell'art. 282 *bis* c.p.p. Tale norma, introdotta dalla l. 4 aprile 2001, n. 154, recante *Misure contro la violenza nelle relazioni familiari* ha ampliato il novero delle misure cautelari non custodiali, prevedendo l'allontanamento dalla casa familiare.

L'istituto (modellato sulla misura civilistica dell'ordine di protezione *ex* art. 342 *bis* c.c., introdotto anch'esso dalla legge n. 154 del 2001) è stato predisposto con l'intento di offrire uno strumento giudiziario rapido, efficace e a carattere intermedio che consenta un'immediata tutela della vittima, senza tuttavia pregiudicare in modo definitivo i rapporti familiari[86].

A questo fine, è data la possibilità al giudice di attuare la misura scegliendo tra diverse opzioni così da adeguare concretamente lo strumento limitativo della libertà personale all'entità dei fatti e alle esigenze cautelari. L'obiettivo è cercare di limitare i vincoli cui sottoporre l'imputato allo stretto necessario per garantire l'effettivo contenimento e i pericoli generati dal suo comportamento, nonché circoscrivere le conseguenze dell'intervento cautelare sulla stabilità dell'aggregato familiare.

Il nucleo principale della misura è l'ordine di lasciare immediatamente la casa familiare, ovvero di non farvi rientro, e di non accedervi senza l'autorizzazione del giudice. Qualora, poi, sussistano esigenze di tutela dell'incolumità fisica della persona offesa o dei suoi prossimi congiunti, può essere prescritto all'imputato di non avvicinarsi a luoghi determinati abitualmente frequentati dalla persona offesa; in particolare il luogo di lavoro, il domicilio della famiglia di origine o dei prossimi congiunti, salvo che la frequentazione sia necessaria per motivi di lavoro. In tale ultimo caso il giudice prescrive le relative modalità e può imporre limitazioni. Il giudice, su richiesta del pubblico ministero, può, altresì, ingiungere il pagamento periodico di un assegno a favore delle persone conviventi che, per effetto della misura cautelare disposta, rimangano prive di mezzi adeguati[87]. Le prescrizioni personali e patrimoniali del divieto di avvicinamento a determinati luoghi e della corresponsione di un assegno familiare sono mi-

[83] Amato, *Reato di maltrattamenti esteso alle convivenze*, in *G. dir.*, 2012, n. 43, 84. Per alcune osservazioni critiche sulla riforma cfr. Pavich, *Luci e ombre nel "nuovo volto" del delitto di maltrattamenti. Riflessioni critiche sulle novità apportate dalla legge di ratifica dalla Convenzione di Lanzarote*, 5, in *Dir. pen. cont.*, 9 novembre 2012; Vallini, *Nuove norme a salvaguardia del minore, della sua libertà (integrità) sessuale e del minore nella "famiglia"*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 152.

[84] Per un commento "a caldo" e più approfondito della normativa, ad esempio, v. P. De Martino, *Le innovazioni introdotte nel codice di rito dal decreto legge sulla violenza di genere alla luce della direttiva 2012/29/UE*, in *Dir. pen. cont.*, 8 ottobre 2013; L. Pistorelli, *Prime note sulla legge di conversione, con modificazioni, del d.l. n. 93 del 2013, in materia tra l'altro di «violenza di genere» e di reati che coinvolgano minori*, in *Dir. pen. cont.*, 18 ottobre 2013.

[85] A quanto sopra ricordato, può aggiungersi, ad esempio, il problema della configurabilità del reato previsto dall'art. 591 c.p. a carico di colui il quale abbandoni il convivente *more uxorio* in stato di incapacità di provvedere a se stesso; dell'applicazione dell'aggravante dell'art. 577, comma 2, c.p.; o ancora, dell'applicazione dell'attenuante della provocazione *ex* art. 62, n. 2, c.p.

[86] Ranzatto, *Misure a tutela delle vittime delle violenze in famiglia*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 1339. In argomento, fra gli altri, altresì, v. Allegrezza, *La nuova misura dell'allontanamento dalla casa familiare*, in *Familia*, 2003, 107 ss.

[87] Il giudice determina la misura dell'assegno tenendo conto delle circostanze e dei redditi dell'obbligato, e stabilisce le modalità e i termini del versamento. Può ordinare se necessario, che l'assegno sia versato direttamente al beneficiario da parte del datore di lavoro dell'obbligato, detraendolo dalla retribuzione a lui spettante. L'ordine di pagamento ha efficacia di titolo esecutivo.

sure eventuali e hanno carattere provvisorio e accessorio rispetto all'ordine di allontanamento, tant'è che perdono efficacia quando quest'ultimo venga revocato o comunque perda efficacia.

Qualora si proceda per i reati di violazione degli obblighi di assistenza familiare, abuso dei mezzi di correzione e di disciplina, lesioni personali quando è possibile procedere d'ufficio o il reato è comunque aggravato, minacce aggravate, nonché per prostituzione minorile, pornografia minorile, detenzione di materiale pornografico, violenza sessuale, anche aggravata, atti sessuali con minorenne, corruzione di minorenne e violenza sessuale di gruppo, commessi in danno dei prossimi congiunti o del convivente, la misura può essere disposta anche al di fuori dei limiti di pena previsti dall'articolo 280 c.p.p., che prescrive che le misure cautelari diverse dalla custodia in carcere possano applicarsi solo per reati puniti con la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a tre anni. Relativamente a questi reati, il legislatore ha voluto, così, ampliare l'ambito di applicabilità della misura, garantendo la possibilità di un intervento cautelare a prescindere dalla comminatoria penale. Ciò ha permesso, in certi casi, di superare le gravi lacune di tutela che in precedenza si registravano per ipotesi di reato, connotate da violenza o abuso nelle relazioni domestiche, che, poiché punite con pene inferiori ai limiti di applicabilità stabiliti dall'art. 280 c.p.p., non consentivano di attuare alcun intervento di tipo cautelare. Per il resto, il richiamo a fattispecie, di per sé gravi, in particolare contro la libertà sessuale, appare ultroneo, rientrando già nell'ambito di applicabilità definito dall'art. 280 c.p.p.[88].

Il recente d.l. 14 agosto 2013, n. 93, recante *Disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province*, conv. in l. 15 ottobre 2013, n. 119, ha, poi, disposto che nel caso in cui la misura sia applicata per uno dei reati sopra indicati, *ex* art. 282-*bis*, comma 6, c.p.p., la sua esecuzione possa avvenire anche con le modalità previste dall'art. 275-*bis* c.p.p., e cioè con mezzi elettronici o altri strumenti tecnici[89].

È interessante osservare che nonostante il riferimento ai conviventi sia contenuto solo nei commi 3 e 6, l'ordine di allontanamento e soprattutto il divieto di avvicinarsi ai luoghi frequentati dalla persona offesa o dai prossimi congiunti deve poter riguardare anche i conviventi *more uxorio*, dato che, alla luce di un'interpretazione di natura sistematica e della *ratio* della norma, la tutela del soggetto debole, cui la norma è preordinata, non può che portare a ritenere possibile imporre pure la cautela accessoria di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla vittima convivente o dai suoi familiari[90]. Ed invero, se tale misura è prevista per fronteggiare le situazioni di maggiore pericolosità del soggetto nelle more del procedimento penale, appare privo di senso preoccuparsi di assicurare il sostentamento patrimoniale del convivente (senza che, tra l'altro, a suo carico sussista un obbligo giuridico di mantenimento, ma solo un'obbligazione naturale) e non anche la tutela della sua incolumità personale.

Alla base di questa legge vi è sicuramente un'attenzione prevalente non alla famiglia come istituzione, ma alla famiglia come formazione sociale in cui si sviluppa la personalità individuale dei suoi membri, che come tali vanno protetti quando si trovano in una situazione di maggiore debolezza fisica o patrimoniale. Ecco allora che anche i componenti della famiglia di fatto devono potere «godere delle stesse tutele che l'ordinamento riserva a quelli della famiglia legittima, attraverso un avvicinamento delle due formazioni, in cui l'intervento pubblicistico per la protezione del singolo è di tale rilevanza da comportare uno scompaginamento

[88] In tal senso v. Garuti, *Misure coercitive (dir. proc. pen.)*, in *Enc. d.*, Agg., VI, Milano, 2002, 743; Peroni, *La nuova tutela cautelare nei fenomeni di violenza intrafamiliare*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 869, con il risultato che – osserva l'A. – «la modulazione binaria della sfera del "cautelabile" comporta un corrispondente sdoppiamento della dinamica applicativa dello strumento *de libertate*: infatti, mentre per le fattispecie di reato assimilabili alla copertura dell'art. 280 c.p.p. la misura concorrerà con tutte le altre coercitive alla scelta del giudice, secondo la consueta logica della gradualità, nella residua area di fattispecie, essa sarà l'unica misura coercitiva applicabile».

[89] Al riguardo, ad esempio, v. L. Pistorelli, *Prime note sulla legge di conversione, con modificazioni, del d.l. n. 93 del 2013, in materia tra l'altro di «violenza di genere» e di reati che coinvolgano minori*, cit., 12.

Il d.l. n. 39 del 2013, conv. l. n. 119 del 2013, altresì, ha introdotto una nuova misura precautelare, riconoscendo anche agli ufficiali e agli agenti di polizia giudiziaria la facoltà di disporre, previa autorizzazione del pubblico ministero, l'allontanamento urgente dalla casa familiare con il divieto di avvicinarsi ai luoghi abitualmente frequentati dalla persona offesa, nei confronti di chi è colto in flagranza dei delitti di cui all'art. 282-*bis*, comma 6, c.p.p., ove sussistano fondati motivi per ritenere che le condotte criminose possano essere reiterate ponendo in grave ed attuale pericolo la vita o l'integrità fisica o psichica della persona offesa. Il legislatore ha, poi, configurato nel quarto comma dell'art. 449 c.p.p. una speciale ipotesi di giudizio direttissimo, prevedendo che su disposizione del pubblico ministero la stessa polizia giudiziaria provveda a citare l'imputato per il giudizio speciale e la contestuale convalida dell'arresto entro le successive quarantotto ore, salvo che ciò pregiudichi gravemente le indagini.

[90] Cfr. Mollace, Sub *art. 282*-bis, in *Commento al codice di procedura penale*, a cura di Corso, Piacenza, 2008, 1166.

dell'unità stessa della famiglia che solo alla luce del modello personal-pubblicistico si riesce a comprendere»[91].

8. Il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa.

Il rilievo della problematica sui limiti di applicabilità della misura dell'allontanamento dalla casa familiare alle unioni di fatto è stato in parte ridimensionato[92] dall'introduzione del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, introdotto all'art. 282-*ter* c.p.p. dall'art. 9 del d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv. con modif., nella l. 23 aprile 2009, n. 38, su *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*.

Si tratta di una nuova misura che, benché fortemente connessa alla disciplina in tema di atti persecutori, in mancanza di indicazioni diverse, può trovare applicazione generale, secondo le regole sulle misure coercitive. Essa, inoltre, ha un ambito applicativo più ampio e anche per questa ragione finisce inevitabilmente per sovrapporsi parzialmente a quanto previsto dalla misura dell'allontanamento dalla casa familiare di cui all'art. 282-*bis* c.p.p.

Il nucleo essenziale del provvedimento cautelare consiste nell'imposizione al destinatario dell'obbligo «di non avvicinarsi a luoghi determinati abitualmente frequentati dalla persona offesa ovvero di mantenere una determinata distanza da tali luoghi o dalla persona offesa». «Qualora sussistano ulteriori esigenze di tutela, il giudice può prescrivere all'imputato di non avvicinarsi a luoghi determinati abitualmente frequentati da prossimi congiunti della persona offesa o da persone con questa conviventi o comunque legate da relazione affettiva ovvero di mantenere una determinata distanza da tali luoghi o da tali persone». Infine, l'ordinanza giudiziale può vietare all'imputato la comunicazione con i medesimi soggetti, dai quali egli deve restare a una certa distanza fisica.

Anche questa misura, dunque, come quella dell'allontanamento dalla casa familiare, ha uno spiccato contenuto inibitorio e ha natura «preventiva per la realizzazione di uno schermo di protezione attorno al "soggetto debole" sulla falsariga dell'*order of protection* delle legislazioni di *common law*»[93].

L'introduzione dell'art. 282-*ter* c.p.p., in particolare, ha consentito di integrare e completare il quadro cautelare delineato per i reati consumati in ambito familiare. Anzitutto, è indicato chiaramente che il divieto di avvicinamento possa riguardare i luoghi frequentati oltre che dai prossimi congiunti anche dai conviventi della persona offesa, ed è sempre con riferimento a tali luoghi e soggetti che può essere imposto l'obbligo di mantenere una certa distanza. L'art. 282-*bis* c.p.p., inoltre, fa un generico riferimento al divieto di avvicinamento alla casa familiare o ad altri luoghi determinati abitualmente frequentati dalla persona offesa (in particolare, il

[91] Bertolino, *La famiglia, le famiglie*, cit., 586. Analogamente, v. Pistorelli, *Misure contro la violenza nelle relazioni familiari: allontanamento dalla casa familiare; pagamento di un assegno*, in AA.VV., *Trattato di diritto di famiglia,* diretto da Zatti, 2ª ed., cit., 105.

[92] Osserva Marandola, *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e* stalking, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 968, che nell'ipotesi di allontanamento, il legislatore limita ai prossimi congiunti il raggio soggettivo della protezione, mentre nel divieto di avvicinamento la norma fa riferimento anche ai conviventi e alle persone legate alla vittima da una relazione affettiva.

[93] In questi termini v. Maffeo, *Il nuovo delitto di atti persecutori (*stalking*): un primo commento al d.l. n. 11 del 2009 (conv. con modif. dalla l. n. 38 del 2009)*, in *Cass. pen.*, 2009, 2729; *ex plurimis*, altresì, v. Bronzo, *Profili critici delle misure cautelari "a tutela dell'offeso"*, *ivi*, 2012, 3471; Maugeri, *Lo* stalking *tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, Torino, 2010, p. 228; Morelli, Sub *art. 9*, in AA.VV., *Commenti articolo per articolo, D.l. 23.2.2009 n. 11, conv., con modif., in l. 23.4.2009 n. 38 – Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*, in *Legisl. pen.*, 2009, 497, il quale con specifico riferimento ai *restraining orders* evidenzia che pur condividendone i contenuti prescrittivi, i provvedimenti *ex* art. 282-*ter* c.p.p. differiscono per la natura giuridica: i primi non sono provvedimenti cautelari ma ordinanze, dotate di autonomia, emesse dal giudice sul presupposto dell'urgenza e volte unicamente alla tutela della vittima, del tutto estranee, quindi, alla giurisdizione criminale; i secondi, invece, rappresentano autentiche misure cautelari, incardinate necessariamente nel corso di un procedimento penale senza il quale non possono trovare applicazione.
Di recente, il Parlamento europeo e il Consiglio hanno approvato la Direttiva 2011/99/UE *sull'ordine di protezione europeo* (pubblicata in *Gazz. Uff. Unione Europea* L 338/99/UE, del 21 dicembre 2011, in *www.eur-lex.europa.eu*) che, nel regolamentare le misure di protezione, richiede si tratti di una decisione in materia penale, dunque, non di natura amministrativa. Più precisamente, l'art. 2 definisce «"misura di protezione", una decisione in materia penale, adottata dallo Stato di emissione conformemente alla legislazione e alle procedure nazionali, con la quale uno o più divieti o restrizioni di cui all'art. 5 sono imposti alla persona che determina il pericolo al fine di proteggere la persona protetta contro un atto di rilevanza penale che può mettere in pericolo la vita, l'integrità fisica o psichica, la dignità, la libertà personale o l'integrità sessuale».

luogo di lavoro, il domicilio della famiglia di origine o dei prossimi congiunti), a differenza dell'art. 282-*ter* c.p.p., il quale permette di fissare il mantenimento di una distanza predeterminata sia dai luoghi sia dalle persone.

Ciò che, tuttavia, più caratterizza e distingue le due discipline è il divieto di avvicinamento può costituire solo un elemento accessorio del provvedimento con il quale il giudice dispone la misura cautelare coercitiva dell'allontanamento dalla casa familiare, il divieto di avvicinamento *ex* art. 282-*ter* c.p.p. può rappresentare l'oggetto principale del provvedimento[94].

Rimane un dato: nonostante le buone intenzioni perseguite dal legislatore, l'art. 282-*ter* c.p.p. va criticato per l'eccessiva indeterminatezza del contenuto prescrittivo della norma. È compito del giudice costruire di volta in volta la cautela indicando i luoghi o le persone da cui l'imputato dovrà tenersi lontano, nonché la misura della distanza imposta; con il rischio che, in contrasto con il principio di legalità che regola la disciplina dei provvedimenti limitativi della libertà personale, il divieto venga formulato in modo generico, ad esempio, disponendo l'obbligo di non avvicinarsi «a tutti i luoghi frequentati dalla vittima»[95] o ancora, di non avvicinarsi alla persona offesa in quanto tale, anche se incontrata occasionalmente[96]. Al contrario, è solo con riferimento a luoghi e a distanze determinate che il provvedimento si può ritenere assuma una conformazione completa, così da consentire l'esecuzione e il controllo delle prescrizioni funzionali al tipo di tutela che si vuole assicurare[97]. Senza trascurare che, «l'indeterminatezza del precetto cautelare, quando giunga a rendere difficile al prevenuto la rappresentazione delle condotte che gli vengono vietate, stride con il sistema "sanzionatorio" di cui all'art. 276 c.p.p., che prevede per i trasgressori ai provvedimenti *de libertate* la possibilità di inasprimenti del trattamento cautelare, fino al carcere o al cumulo di più misure diverse»[98]. E ancora: che al di là del pericolo di un inasprimento del trattamento restrittivo che è comunque subordinato alla rimproverabilità delle trasgressioni, la vaghezza del provvedimento finisce con incidere sull'onerosità della sua osservanza da parte del destinatario, il quale rischia di trovarsi obbligato ad astenersi dal frequentare una lunga serie di luoghi, nei quali può ragionevolmente ritenere possibile la presenza della persona "protetta"[99].

Spetta, dunque, all'interprete, ma soprattutto grava sui giudici l'onere di perfezionare la norma sul piano applicativo con l'aggiunta di congrue quantificazioni utili a conferire al precetto la necessaria determinatezza[100]. Ciò, potrebbe ingenerare un certo pessimismo, vista «l'alta frequenza con cui nei repertori della giurisprudenza di merito si rinvengono divieti di avvicinamento senza alcuna specificazione »[101]. Tuttavia, fa ben sperare l'orientamento più di recente assunto dai giudici di legittimità che, nel dimostrare una maggiore sensibilità verso i

[94] Inoltre, l'ambito di applicazione dell'art. 282-*ter* c.p.p. risulta più ampio di quello tipico della misura introdotta nel 2001, dato che non è necessario un pregresso rapporto di convivenza, potendo così colpire anche il soggetto estraneo rispetto alla vittima. Inoltre, va messa in rilievo la possibilità di estendere il divieto di avvicinamento anche a persone diverse dalla vittima (sia pure a questa legate da vincoli più o meno intensi). Un effetto simile poteva essere ottenuto in passato con la misura di cui all'art. 282-*bis* c.p.p., ma con dei limiti. Infatti, una parte della dottrina aveva espresso perplessità sul fatto che la misura accessoria di cui al comma 2 dell'art. 282-*bis* c.p.p., pur riguardando esigenze di tutela relative anche ai prossimi congiunti della persona offesa, potesse vietare all'imputato l'avvicinamento soltanto ai luoghi abitualmente frequentati dalla persona offesa (luogo di lavoro, domicilio della famiglia di origine o domicilio dei prossimi congiunti), così di fatto condizionando la protezione dei prossimi congiunti alla loro effettiva e abituale frequentazione della persona offesa. Invero, proprio i casi di *stalking* hanno messo in evidenza come il molestatore reiterato diriga spesso la propria condotta nei confronti anche dei familiari, dei prossimi congiunti della vittima e delle persone che la frequentano più assiduamente (come gli amici più stretti).

[95] Cass. pen., sez. V, 18 gennaio 2012, n. 13568, V., in *C.e.d. Cass.* n. 253296.

[96] Più specificamente, sempre secondo Cass. pen., sez. VI, 18 gennaio 2012, n. 13568, cit., «La misura cautelare del divieto di avvicinamento, prevista dall'art. 282-*ter* c.p.p., può contenere anche prescrizioni riferite direttamente alla persona offesa ed ai luoghi in cui essa si trovi, aventi un contenuto coercitivo sufficientemente definito nell'imporre di evitare contatti ravvicinati con la vittima, la presenza della quale in un certo luogo è sufficiente ad indicare lo stesso come precluso all'accesso dell'indagato». Analogamente v. Cass. pen., sez. V, 16 gennaio 2013, n. 36887, A., in *Ced Cass.*, n. 257184; Cass. pen., sez. V, 26 marzo 2013, n. 19552, D.R., in *Dir. pen. proc.*, 2013, 1283, con nota critica di G. Bellantoni, che ponendo l'accento sul bisogno di tutela della persona offesa ha affermato che la norma esprime una scelta di priorità dell'esigenza di consentire alla persona offesa il completo svolgimento della propria vita sociale in condizioni di sicurezza da aggressioni alla propria incolumità anche laddove la condotta dell'autore del reato assuma connotazioni di persistenza persecutoria tale da non essere legata a particolari ambiti locali; con la conseguenza che è rispetto a tale esigenza che deve modellarsi il contenuto concreto di una misura la quale, ha comunque natura inevitabilmente coercitiva rispetto a libertà anche fondamentali dell'indagato.

[97] In tal senso e per ulteriori approfondimenti, ad esempio, v. G. Bellantoni, *Divieto di avvicinamento alla persona offesa* ex *art. 282* ter *c.p.p. e determinazione di luoghi e distanze*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 1290 ss.

[98] In questi termini v. Bronzo, *Profili critici*, cit., 3476; altresì, v. Negri, *Le misure cautelari a tutela della vittima: dietro il paradigma flessibile, il rischio di un'incontrollata prevenzione*, in *Giur. it.*, 2012, 470.

[99] Bronzo, *Ancora precisazioni sulla determinatezza del divieto di avvicinamento*, in *Cass. pen.*, 2013, 2723.

[100] Vedi Negri, *Le misure cautelari a tutela della vittima*, cit., 469-470.

[101] Così Bronzo, *Profili critici*, cit., 3477.

valori fondamentali posti a tutela della libertà personale, richiede un'indicazione determinata dei luoghi il cui accesso è inibito all'indagato[102]. In partic

olare, si è affermato che l'art. 282-*ter* c.p.p. prevede una triplice modalità della fattispecie cautelare del divieto di avvicinamento che il giudice potrà considerare al fine di adeguare la tutela alle esigenze ravvisate nel caso di specie: quella del divieto di avvicinamento ai luoghi determinati abitualmente frequentati dalla persona offesa, quella di mantenere una determinata distanza da tali luoghi e, infine, quella di mantenere una determinata distanza dalla persona offesa. Il giudice ha quindi la possibilità di adeguare l'intervento cautelare previsto dall'art. 282-*ter* c.p.p. alle esigenze di specie attraverso le tre diverse opzioni previste, ma la scelta del divieto di avvicinamento ai luoghi abitualmente frequentati dalla persona offesa deve rispettare la connotazione legale che lo vuole riferito a "determinati" luoghi, che è compito del giudice indicare a pena di una censurabile indeterminatezza[103].

9. L'ammissione al gratuito patrocinio del convivente *more uxorio*.

Un'esplicita equiparazione tra convivenza coniugale e *more uxorio* è stata affermata dalla giurisprudenza a proposito della valutazione della sussistenza dei requisiti per l'ammissione al gratuito patrocinio per i non abbienti. Ai fini della determinazione del reddito, infatti, si è stabilito che occorra tenere conto della somma dei redditi facenti capo all'interessato e agli altri familiari conviventi, compreso il convivente *more uxorio*.

Al riguardo non si è esitato a ritenere in linea con l'evoluzione sociale, l'indirizzo interpretativo volto a dare rilievo giuridico (sia *in bonam* che *in malam partem*) alla famiglia di fatto e, di conseguenza, al rapporto *more uxorio*. In altri termini, si è posto l'accento sulla realtà sociale piuttosto che sulla veste formale dell'unione tra due persone conviventi, riconoscendo, così, valenza giuridica a quelle relazioni interpersonali che presentano carattere di tendenziale stabilità, natura affettiva e parafamiliare, che si esplicano in una comunanza di vita e di interessi e nella reciproca assistenza morale e materiale[104].

Nel giungere a tale risultato incide, probabilmente, anche la formulazione un po' ambigua della nozione di famiglia adottata agli artt. 76 e 79 del D.P.R. del 30 maggio 2002, n. 115, contenente il *Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia*, ma si tratta di una conclusione non esente da critiche.

Non sfuggirà che, in questo caso, a una maggiore ampiezza dell'ambito familiare considerato ai fini dell'accesso al patrocinio, corrisponde una sensibile riduzione delle possibilità di ottenere il beneficio. Con quale risultato? Un'ingiustificata compressione dell'esercizio del diritto di difesa garantito dall'art. 24, comma 3, Cost., che, si ricorderà, prevede «sono assicurati ai non abbienti con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ogni giurisdizione».

Il punto è che poiché gli obblighi reciproci tra i conviventi sono fondati essenzialmente sull'*affectio*, essi sono configurabili solo alla stregua di obbligazioni naturali. Sebbene, quindi, al momento della verifica delle condizioni per l'ammissione al gratuito patrocinio si tenga

[102] Cass. pen., sez. V, 4 aprile 2013, n. 27798, S., in *C.ed. Cass.*, n. 257697; conf. Cass. pen., sez. VI, 7 aprile 2011, C., n. 26819, in *Giur. it.*, 2012, p. 417, con nota adesiva di Gabrielli.

[103] Cass. pen., sez. VI, 18 marzo 2014, n. 147766, in *Quotidiano giur.*, 3 aprile 2014, con nota di Cuomo; in tale occasione i giudici hanno espressamente criticato l'indirizzo contrario evidenziando che «non può ridefinirsi per via interpretativa aggravandosi la posizione del soggetto destinatario della misura il contenuto del "modo" cautelare applicato nella specie, obliterandone la connotazione tipica della determinatezza dei luoghi e correlandone l'individuazione ai movimenti della persona offesa, sulla base di "una scelta di priorità dell'esigenza di consentire alla persona offesa il completo svolgimento della propria vita sociale in condizioni di sicurezza da aggressioni alla propria incolumità anche laddove la condotta dell'autore del reato assuma connotazioni di persistenza persecutoria tale da non essere legata a particolari ambiti locali"».

[104] Cass. pen., sez. IV, 26 ottobre 2005, n. 109, Curatolo, in *C.e.d. Cass.*, n. 232787. Analogamente, con riguardo alla disciplina prevista dall'art. 3, comma 2, l. 30 luglio 1990, n. 217, e, successivamente, con riguardo a quanto disposto dall'art. 76 d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, v. Cass. pen., sez. IV, 17 febbraio 2005, n. 19349, Capri, *ivi*, n. 231357; Cass. pen., sez. IV, 28 gennaio 2004, n. 13265, Zen, *ivi*, n. 228035; Cass. pen., sez. V, 3 ottobre 1997, n. 4264, p.m. in proc. Ferjani, *ivi*, n. 208828. Si è, peraltro, affermato che «Ai fini dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, nel reddito complessivo dell'istante, ai sensi dell'art. 76 del d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115, deve essere computato anche il reddito di qualunque persona che con lui conviva e contribuisca alla vita in comune (Nella specie, la Corte ha rigettato il ricorso avverso una decisione che aveva revocato l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato in considerazione dei redditi percepiti dalla madre della convivente "more uxorio" del soggetto beneficiato, anch'essa convivente con quest'ultimo, osservando che la locuzione "componente della famiglia", cui fa ricorso l'art. 76 citato, a differenza della parola "congiunti", non si riferisce ad un legame di consanguineità o di natura giuridica)» (Cass. pen., sez. IV, 20 settembre 2012, n. 44121, Indiveri, *ivi*, n. 253643).

conto della somma dei redditi conseguiti da ogni componente della famiglia, anche di fatto, nessun obbligo giuridico grava, poi, a carico del convivente *more uxorio* per le spese di giustizia che devono essere sostenute dal *partner*; ciò anche quando questi non ha alcun mezzo di sostentamento e si è visto respingere la richiesta di ammissione al patrocinio dei non abbienti proprio a causa del reddito dell'altro convivente. Sicché, ove l'interessato non possa procurarsi un'assistenza in giudizio con i propri mezzi, finisce per vedere il suo diritto di azione e difesa sottoposto a una condizione meramente potestativa, ossia interamente rimesso al consenso e alla disponibilità altrui[105]. Il che è un evidente paradosso, visto che tra le ragioni per cui le coppie di fatto scelgono di non formalizzare la loro unione, spesso, vi è appunto quella di non far nascere obblighi di tipo patrimoniale. Un elemento significativo, che contrariamente a quanto affermato dai giudici, avrebbe dovuto portare a concludere che «proprio il carattere naturale dell'obbligazione sussistente fra conviventi *more uxorio* costituisca un impedimento difficilmente superabile ai fini dell'attribuzione di rilevanza alla famiglia di fatto nell'accesso al patrocinio»[106].

10. Le questioni problematiche. Le incompatibilità del giudice.

Tra le disposizioni del codice di procedura penale, che non menzionano i conviventi, ma solo i coniugi o i prossimi congiunti, vanno evidenziate: le norme sulle incompatibilità del giudice dettate da ragioni di carattere personale previste dagli articoli 35 e 36, lettere a), b), d), e) ed f); l'art. 90 c.p.p. che indica i soggetti legittimati ad esercitare i diritti e le facoltà attribuiti alla persona offesa deceduta in conseguenza del reato; l'art. 632 c.p.p. a proposito della legittimazione a formulare richiesta di revisione della sentenza di condanna; nonché l'art. 96, comma 3, c.p.p. relativamente alla nomina del difensore di fiducia della persona arrestata, fermata o in custodia cautelare, finché la stessa non vi provveda[107].

In tutti questi casi il mancato richiamo ai conviventi pone delicati interrogativi, i quali, per quanto riguarda le situazioni d'incompatibilità del giudice, si complicano ulteriormente alla luce degli articoli 18 e 19 dell'ordinamento giudiziario, così come modificati dal d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, che, invece, richiamano pure i conviventi.

Ora, è noto che a tutela del principio per cui il giudice non solo deve essere, ma deve anche apparire imparziale, sono previste tassative situazioni di incompatibilità in presenza delle quali il giudice ha il dovere di astenersi e le parti hanno il diritto di chiederne la ricusazione *ex* art. 37 c.p.p.

Tra le ipotesi legate a motivi di carattere personale, l'art. 35 c.p.p. stabilisce l'incompatibilità per ragioni di parentela, affinità o coniugio, disponendo che «nello stesso procedimento non possono esercitare funzioni anche separate o diverse, giudici che sono tra loro coniugi, parenti o affini fino al secondo grado». Tale fattispecie, per effetto del richiamo dell'art. 36 lett. g) c.p.p. costituisce causa di astensione, analogamente ai casi in cui, ai sensi delle lettere a), b), d), e) ed f), il giudice: «ha interesse nel procedimento o alcuna delle parti private o il difensore è debitore o creditore di lui, del coniuge o dei figli»; «se è tutore, curatore, procuratore o datore di lavoro di una delle parti private ovvero se il difensore, procuratore o curatore di una delle parti private è prossimo congiunto di lui o del coniuge»; «se vi è inimicizia grave fra lui o un prossimo congiunto e una delle parti private»; «se alcuno dei prossimi congiunti di lui o del coniuge è offeso o danneggiato dal reato o parte privata»; nonché «se un prossimo congiunto svolge o ha svolto funzioni di pubblico ministero».

Come si è detto, in tutte queste ipotesi manca un riferimento al convivente *more uxorio*, a differenza di quanto stabilito dagli articoli 18 e 19 O.G., che, a proposito delle incompatibilità

[105] Al riguardo, v. Milella, *"Gratuito patrocinio" e famiglia di fatto*, in *Dir. e società*, 2008, 482, a cui si rimanda per ulteriori interessanti considerazioni e per ampi riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

[106] *Ibidem.*

[107] Un riferimento ai prossimi congiunti è anche previsto in un'ipotesi molto particolare d'incapacità e incompatibilità dell'interprete, disciplinata dall'art. 144, lett. d), c.p.p, ove è disposto che non può prestare ufficio di interprete, a pena di nullità, «chi non può essere assunto come testimone o ha facoltà di astenersi dal testimoniare o chi è chiamato a prestare ufficio di testimone o di perito ovvero è stato nominato consulente tecnico nello stesso procedimento o in un procedimento connesso. Nondimeno, nel caso previsto dall'art. 119 *(ossia, quando un sordo, un muto o un sordomuto vogliono o devono fare dichiarazioni)*, la qualità di interprete può essere assunta da un prossimo congiunto della persona sorda, muta o sordomuta».

di sede per rapporti di parentela o affinità con esercenti la professione forense, da una parte, e dell'incompatibilità di sede per rapporti di parentela o affinità con magistrati o ufficiali o agenti di polizia giudiziaria della stessa sede, dall'altra, menzionano espressamente sia il coniuge che il convivente, così dimostrando di dare rilievo non al vincolo formale sancito dal matrimonio ma all'esistenza di un rapporto familiare più latamente inteso, che tenga conto del legame affettivo e di solidarietà che vincola i suoi componenti.

Eppure, si tratta di disposizioni che condividono con gli articoli 35 e 36 c.p.p., sopra richiamati, la medesima *ratio*, ossia la tutela della imparzialità del giudice, e producono gli stessi effetti, visto che, in virtù del richiamo dell'art. 36 lett. g) c.p.p., impongono al giudice il dovere di astenersi[108].

Ed invero, alla base della previsione contenuta nell'art. 18 O.G. vi è l'esigenza di salvaguardare il prestigio e l'onorabilità della magistratura allontanando il sospetto che nasce dall'esistenza della concentrazione di poteri decisori in capo ai membri della stessa famiglia[109]. Lo scopo, cioè, è tutelare l'immagine anche esterna d'imparzialità che deve accompagnare l'attività del giudice, evitando possa sorgere il timore che questi possa finire per avvantaggiare il professionista a lui legato da strettissimi rapporti familiari. Un'esigenza di così chiaro rilievo da non potere essere agganciata al solo dettato normativo. Tant'è che, ancor prima della riforma del 2006, già il CSM, con una circolare del 2003[110], aveva affermato che, in mancanza di una previsione espressa, pur non essendo possibile applicare analogicamente l'art. 18, l'esistenza sia di rapporti di coniugio che di stabile convivenza integrassero, comunque, una situazione analoga rilevante ai sensi dell'art. 2 della Legge sulle Guarantigie, a causa dell'impossibilità di amministrare giustizia in quella sede col necessario prestigio[111]. A proposito, in particolare, della situazione personale del magistrato e dell'esercente la professione forense che scelgono di convivere, si è evidenziato che, ferme le differenze tra il coniugio e la convivenza sotto il profilo della rilevanza giuridica e degli effetti conseguenti, la convivenza determini, all'esterno, un'immagine sostanzialmente sovrapponibile a quella del rapporto di coniugio con evidenti riflessi in termini di incompatibilità. Se, infatti, il fine è preservare «l'immagine di corretto ed imparziale esercizio della funzione giurisdizionale da parte del singolo magistrato e, più in generale, del suo ufficio di appartenenza, indipendentemente dalla effettiva imparzialità del giudizio, il rapporto di parentela con esercente la professione forense rischia di determinare di per sé un appannamento della immagine di corretto esercizio della funzione»[112]. Per l'individuazione di questa situazione di fatto si attribuisce rilievo, da una parte, all'elemento soggettivo concretantesi nel reciproco trattamento analogo a quello coniugale, dall'altro, all'elemento oggettivo, estrinsecantesi oltre che nella notorietà anche nella stabilità del rapporto e l'identificazione del criterio minimo di stabilità indispensabile per riconoscerle rilievo». Incombe sul magistrato l'onere di dichiarare la condizione di convivenza allorché la stessa, sia per come viene affettivamente vissuta sia per la situazione di fatto conseguente, abbia assunto i caratteri della stabilità[113].

Queste indicazioni sono state recepite dal legislatore del 2006 che, nel riformare le norme sull'ordinamento giudiziario[114], sul punto, ha sostanzialmente riprodotto le regole tratteggiate

[108] Oltre a potere determinare il trasferimento del magistrato da parte del C.S.M.

[109] E ancora: si vuole cercare di evitare il pericolo che reiterate astensioni possano compromettere il funzionamento degli uffici (Guiducci, *L'incompatibilità a giudicare*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, in *Soggetti e atti*, vol. I, *I soggetti*, t. 1, a cura di Dean, Torino, 2009, 236).

[110] Circolare n. P-23531/2003 del 10 dicembre 2003 – Deliberazione del 4 dicembre 2003 sui *Criteri di applicazione degli art. 18 e 19 O.G. nonché situazioni analoghe rilevanti* ex *art. 2 Legge Guarantigie*, in *www.csm.it*. Si osserva, specificamente, che «Esclusa la possibilità di interpretazione analogica, attesa la natura eccezionale del disposto dell'art. 18 O.G. che impone limitazioni alla facoltà di elezione della sede da parte del magistrato e costituisce deroga al principio costituzionale della inamovibilità, si ritiene che simili situazioni debbano trovare collocazione nel disposto dell'art. 2 L.G.».

[111] Segnatamente, l'art. 2 L.G., nel disciplinare il trasferimento ad altra sede dei magistrati nei casi di cui agli artt. 16, 18 e 19 O.G. (che sono situazioni di incompatibilità ambientale "specifiche"), prevede, in via generale, la stessa procedura anche «quando, per qualsiasi causa anche indipendente da loro colpa, non possono, nella sede che occupano, amministrare giustizia nelle condizioni richieste dal prestigio dell'Ordine Giudiziario».

[112] Circolare n. P-23531/2003 del 10 dicembre 2003 – Deliberazione del 4 dicembre 2003 sui *Criteri di applicazione degli art. 18 e 19 O.G. nonché situazioni analoghe rilevanti* ex *art. 2 Legge Guarantigie*, cit.

[113] Una successiva circolare del 2007, modificata nel 2009, ha dato rilievo, in generale, all'esistenza di una stabile coabitazione (Cfr. CSM, *Regime delle incompatibilità* ex *artt. 18 e 19 O.G., nonché di situazioni analoghe rilevanti* ex *art. 2 L.G.*, Circolare n. P-12940/2007 del 25 maggio 2007, modificata con Circolare n. P-8394 del 14 aprile 2009, punto n. 5, in *www.csm.it*).

[114] La riforma è stata introdotta con d.legisl. 23 febbraio 2006, n. 109.

dalla circolare del 2003[115].

È così che «i magistrati requirenti e giudicanti delle corti di appello e dei tribunali non possono appartenere ad uffici giudiziari nelle sedi nelle quali i loro parenti fino al secondo grado, gli affini in primo grado, il coniuge o il convivente, esercitano la professione di avvocato». L'art. 18 O.G. prevede come valutare in concreto l'incompatibilità di sede applicando i criteri espressamente previsti[116].

Anche le ipotesi di incompatibilità di sede per rapporti di parentela o affinità con magistrati, indicate dall'art. 19 O.G. e finalizzate anch'esse alla tutela dell'immagine di imparziale esercizio della giurisdizione, a seguito della riforma del 2006, sono state espressamente estese ai rapporti di coniugio e di convivenza. Alla base della disciplina viene in rilievo la lesione che può derivare pure dalla sola apparenza di reciproci condizionamenti nell'esercizio della funzione connessa alla compresenza di parenti o affini presso lo stesso ufficio giudiziario[117]. Un *vulnus* che, anche in questo caso, pur in mancanza di un'espressa indicazione da parte dell'art. 19 O.G., il CSM nella Circolare del 2003 aveva ritenuto assumesse rilievo *ex* art. 2 Legge Guarantigie.

A proposito della nuova formulazione dell'art. 19 O.G., in verità, un riferimento espresso ai rapporti di convivenza manca quando si tratti dei legami tra magistrati e ufficiali o agenti di polizia giudiziaria, nondimeno, il Consiglio con la circolare del 2007 estende il dettato normativo anche ad essi, partendo dal presupposto che la legge, dopo aver indicato con precisione i tipi di rapporto che determinano incompatibilità, utilizza l'espressione sintetica "parenti e affini" ai commi successivi per designare complessivamente tutte le situazioni rilevanti[118].

Ciò posto, non sembra potersi revocare in dubbio che l'art. 35 c.p.p. debba considerarsi il logico corollario dell'art. 19 O.G.: entrambi sono preposti a contemperare, da un lato, il pericolo che rapporti di parentela o affinità possano determinare il prevalere dell'opinione del parente o dell'affine, anziché della libera determinazione del giudice, andando ad incidere sulla serenità di giudizio e culminando in un'affettuosa acquiescenza dell'un giudice sull'operato dell'altro; dall'altro, a salvaguardare il buon funzionamento della giustizia da sospetti di parzialità[119]. Con la differenza, però, che, mentre con le incompatibilità previste dall'art. 35 c.p.p. e, più in generale, con la disciplina dell'astensione si tende a preservare la libertà del magistrato nel singolo procedimento, allorché occasionalmente si verifichi una situazione rilevante; con la disposizione di cui all'art. 19 O.G. si perseguono finalità più ampie e diverse, tendendo a preservare l'immagine d'imparzialità dell'ufficio e della funzione svolta[120]. Ma soprattutto, mentre nella situazione presa in considerazione dall'art. 35 c.p.p. il rapporto affettivo può influire direttamente sui risultati della votazione collegiale, in quella considerata dall'art. 19 O.G. la possibilità di esercitare un'influenza determinante sull'esito del giudizio avviene mediante un'opera di condizionamento svolta al di fuori del processo[121].

E allora, stante l'identità di *ratio* tra le due discipline e la lesione all'immagine di imparzialità che deriva dalla sussistenza di legami affettivi particolarmente stretti tra magistrati che partecipano allo stesso procedimento, non può che apparire irragionevole la limitazione delle incompatibilità previste dagli articoli 35 e 36 c.p.p. ai rapporti di coniugio e non anche

[115] Sul punto, fra gli altri, v. Fantacchiotti-Fiandanese, *Il nuovo ordinamento giudiziario*, Padova, 2008, 327.

[116] Si tiene conto della rilevanza della professione svolta innanzi all'ufficio di appartenenza del magistrato, delle dimensioni dell'ufficio, della materia trattata sia dal magistrato che dal professionista, della funzione specialista dell'ufficio giudiziario.
Sono fissate due ipotesi di'ncompatibilità presunta qualora si tratti di tribunali organizzati in un'unica sezione o di Procure della Repubblica istituite presso tribunali strutturati in un'unica sezione, fatta salva l'eventualità in cui il magistrato operi esclusivamente in sezione distaccata e il parente o l'affine non svolga presso tale sezione alcuna attività o viceversa. E ancora: ricorre sempre una situazione di incompatibilità di sede per i magistrati preposti alla direzione di uffici giudicanti e requirenti dove un parente o un affine eserciti la professione forense presso l'Ufficio dagli stessi diretto, salvo valutazione caso per caso per i Tribunali ordinari organizzati con una pluralità di sezioni per ciascun settore di attività civile e penale.

[117] Fantacchiotti- Fiandanese, *Il nuovo ordinamento giudiziario*, cit., 331.

[118] Al riguardo, cfr. Pomodoro, *Manuale di ordinamento giudiziario*, Torino, 2012, 150.

[119] In questi termini v. Guiducci, *L'incompatibilità a giudicare*, cit., 238-239.

[120] Fantacchiotti-Fiandanese, *Il nuovo ordinamento giudiziario*, cit., 331; altresì, v. Fortuna, *Astensione e ricusazione del giudice*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, in *Soggetti e atti*, vol. I, *I soggetti*, t. 1, a cura di Dean, cit., 281 ss., a cui si rimanda per un ulteriore approfondimento dell'argomento e per i richiami bibliografici e giurisprudenziali.

[121] Dittrich, *L'incompatibilità determinata da rapporti di parentela ed affinità*, in *Giur. it*., 1988, 347; Giambruno, Sub *art. 35*, in AA.VV., *Codice di procedura penale*, a cura di Tranchina, Milano, 2008, 375.

di convivenza *more uxorio*[122]. Specialmente, in quanto l'assenza di una previsione legislativa non va tanto a riflettersi negativamente sui rapporti personali e patrimoniali intercorrenti tra i conviventi, quanto sull'"esterno" della coppia, e cioè sui soggetti potenzialmente esposti ad una decisione non imparziale[123].

Certo, il ricorso a una lettura di tipo analogico della disciplina potrebbe non rappresentare una soluzione appagante, presentando il rischio di fornire alle parti «una sorta di strumento ricattatorio, diretto esclusivamente, attraverso un utilizzo in chiave spregiudicata della ricusazione, a far emergere legami affettivi magari del tutto occasionali e circondati da un assoluto riserbo degli interessati»[124]. Tuttavia, si tratta di un rischio comune alla rilevazione delle situazioni d'incompatibilità di sede previste dagli artt. 18 e 19 O.G., e che può essere risolto alla luce dei criteri che il CSM con la circolare del 2003 aveva già provveduto ad individuare e che sono stati ulteriormente specificati da provvedimenti successivi[125], in cui si è statuito che la situazione di convivenza apprezzabile è solo quella determinata da una relazione sentimentale connotata dal carattere della stabilità; mentre, al contrario, non è un elemento determinante la sussistenza di un rapporto assimilabile a quello matrimoniale, né la comune residenza anagrafica; così come è giudicato indifferente il rapporto di genere. Un punto, comunque, può dirsi fermo: «eventuali altre forme di convivenza o di stabile relazione sentimentale possono essere ritenute rilevanti, ai sensi dell'art. 2 Legge Guarentigie, quando incidano sulla piena indipendenza ed imparzialità del magistrato»[126].

Va, peraltro, evidenziato che, tutte le volte in cui il legislatore ha ritenuto che l'esistenza di relazioni personali tra il giudice, i suoi familiari e le parti del processo possano pregiudicare anche soltanto l'immagine d'imparzialità che il giudice deve possedere, questi, pure in mancanza di un espresso richiamo ai rapporti di convivenza, è tenuto ad astenersi ai sensi dell'art. 36, lett. h), c.p.p. per "gravi ragioni di convenienza"[127]. Analogamente, deve agire il pubblico ministero *ex* art. 52, comma 1, c.p.p. Un obbligo che, per gli aderenti alla Associazione Nazionale Magistrati, sussiste anche alla luce dell'art. 10 del Codice etico[128], il quale prevede che, affinché l'immagine di imparzialità sia sempre pienamente garantita, il magistrato deve valutare «con il massimo rigore la ricorrenza di situazioni di possibile astensione per gravi ragioni di opportunità».

11. Le ipotesi di legittimazione processuale dei prossimi congiunti dell'offeso o dell'imputato.

Non ci sembra che il riferimento espresso ai prossimi congiunti contenuto nell'art. 90

[122] Sostiene la tesi dell'applicabilità in via analogica dell'art. 35 c.p.p. anche ai conviventi *more uxorio*, in particolare, Barone, Sub *art. 35*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da Amodio-Dominioni, vol. I, Milano, 1989, 232; *contra* Bonetti, *Famiglia e processo penale*, cit., 22.

[123] Rivello, *L'incompatibilità del giudice penale*, Milano, 1996, 398.

[124] Rivello, *op. loc. cit.*

[125] CSM, *La riforma dell'Ordinamento giudiziario. Prime delibere di attuazione. Raccolta aggiornata al 30 settembre 2012*, in particolare, cfr. Delibera del 25 giugno del 2008 sulla *Rilevanza ai sensi dell'art. 18 O.G. della situazione di convivenza tra un magistrato e un avvocato esercente abitualmente la professione nello stesso ufficio giudiziario del primo*; Circolare n. P-8394 del 14 aprile 2009 - Delibera in data 1° aprile 2009, *Regime delle incompatibilità* ex *artt. 18 e 19 O.G., nonché di situazioni analoghe rilevanti* ex *art. 2 L.G. Modifiche alla circolare n. P-12940/2007 del 25 maggio 2007 – Testo integrato con le modifiche*, in *www.csm.it/documenti%20pdf/regolamenti/ordinamentoGiudiziario.pdf.*

[126] In questi termini v. Delibera del 25 giugno del 2008 sulla *Rilevanza ai sensi dell'art. 18 O.G. della situazione di convivenza tra un magistrato e un avvocato esercente abitualmente la professione nello stesso ufficio giudiziario del primo*, cit., 39.

[127] Come hanno chiaramente affermato le Sezioni unite civili «Il magistrato il quale risulti avere, o avere avuto, una relazione sentimentale con una qualsiasi delle parti dei processi nei quali è chiamato a giudicare o con taluno dei legali che tali parti assistono, viene a trovarsi in una situazione in cui, per gravi ragioni di convenienza, egli – a norma degli artt. 36, comma 1, lett. h), c.p.p. e 51, comma 2, c.p.c. – ha l'obbligo deontologico di astenersi, dato che il legame di affetto tra il giudice e la parte o il suo difensore finisce per intaccare la serenità e la capacità del giudice di essere imparziale, ovvero per ingenerare, sia pure ingiustificatamente, il sospetto che egli possa rendere una decisione ispirata a fini diversi da quelli istituzionali ed intesa, per ragioni private e personali, a favorire o danneggiare gli eventuali destinatari; ne consegue che la mancata, tempestiva presentazione di istanza di astensione, integrando lesione di regole basilari della deontologia professionale nello svolgimento dell'attività giudiziaria, costituisce illecito disciplinare (Nella specie l'incolpata, in qualità di giudice per le indagini preliminari, aveva omesso di astenersi tempestivamente dalla trattazione di alcuni procedimenti penali nei quali risultava difensore un avvocato con il quale ella, fino a qualche tempo prima, aveva intrattenuto una relazione sentimentale; in particolare il giudice aveva presentato istanza di astensione solo dopo aver provveduto all'interrogatorio dell'indagato, assistito da quell'avvocato, disponendone la scarcerazione)» (Cass. civ., sez. un., 22 novembre 2004, n. 21947, Nazzaro c. P.G. presso Corte di cassazione, in *C.e.d. Cass.*, n. 578083).

[128] Il Codice etico è stato approvato il 13 novembre 2010; per approfondimenti si consulti *www.anm.it.*

c.p.p. possa essere superato attraverso un'interpretazione di tipo analogico. La norma, con una significativa innovazione rispetto al codice di procedura penale del 1930, introduce una particolare ipotesi di estensione soggettiva prevedendo che «Qualora la persona offesa sia deceduta in conseguenza del reato, le facoltà e i diritti previsti dalla legge sono esercitati dai prossimi congiunti di essa»[129]. Si tratta di un'attribuzione di poteri in via originaria, e non legata da rapporti di natura successoria, prevista «nell'improrogabile necessità» di garantire anche in questi casi un'adeguata tutela alle vittime[130]. Sennonché, i riflessi che l'attribuzione di tali diritti e facoltà producono sulla validità degli atti processuali[131] induce a ritenere che si sia in presenza di una previsione tassativa che può essere superata solo legislativamente o, al più, a seguito di una pronunzia delle Corte costituzionale, qualora si ravvisasse un'irragionevole violazione dei diritti del convivente superstite, in contrasto con gli articoli 2 e 3 Cost.

Sempre in considerazione del principio di tassatività che regola la disciplina delle inammissibilità, deve convenirsi che l'indicazione dei soggetti legittimati a proporre la richiesta di revisione *ex* art. 632 c.p.p. sia tassativa e, quindi, riguardi oltre, il condannato, un suo prossimo congiunto *iure proprio* o, se morto, *iure hereditario*, ma non anche il convivente *more uxorio*[132].

A conclusioni diverse, invece, può giungersi a proposito della facoltà riconosciuta dall'art. 96 c.p.p. al prossimo congiunto di provvedere alla nomina del difensore di fiducia della persona fermata, arrestata o in custodia cautelare, finché la stessa non vi abbia provveduto. Andando in contrario avviso a quanto sostenuto dalla giurisprudenza che ha escluso che il novero dei prossimi congiunti possa essere ampliato in modo informale, fino a farvi ricomprendere, ad esempio, il convivente[133], ci sembra che poiché, qui, si tratti di rafforzare, in chiave di garanzia, i diritti del soggetto che essendo *in vinculis* si trova in uno stato di difficoltà ad operare liberamente la scelta del difensore, un'interpretazione estensiva della disciplina possa trovare fondamento nel principio del *favor rei*. La norma, peraltro, può essere letta anche alla luce di quanto previsto dall'art. 29 ord. pen. e dall'art. 62 reg. pen., i quali, al momento dell'ingresso in istituto garantiscono al detenuto di informare immediatamente i congiunti[134]. È, infatti, anche grazie a questo avviso che essi possono attivarsi nel ricercare tempestivamente un difensore di fiducia al loro familiare; e tra i congiunti vanno ricompresi pure i soggetti legati al detenuto da rapporti di fatto, dato che – giova ricordare – proprio la sede penitenziaria è stata la prima in cui si è dato riconoscimento alla famiglia di fatto, basata sul rapporto di convivenza[135].

[129] Per quanto concerne la possibilità per i conviventi *more uxorio* di potersi costituire parte civile *ex* art. 74 c.p.p., la giurisprudenza a fronte di un orientamento maggioritario negativo risalente nel tempo, che considera legittimati a costituirsi parte civile solo i prossimi congiunti legati alla vittima da un vincolo non meramente affettivo ma affettivo-giuridico, atteso che «In base al principio del "neminem laedere", sancito nell'art. 2043 c.c., danno risarcibile è solo quello che si verifica per la lesione di un diritto. Pertanto, nel caso di morte di una persona, il soggetto che con essa conviveva ricevendone vantaggi o prestazioni, che chiami in giudizio il responsabile dell'evento mortale, deve dimostrare il suo diritto a quei vantaggi ed a quelle prestazioni della persona deceduta; diritto che non può discendere che da legge o da patto» (Cass. pen., sez. I, 7 luglio 1992, n. 9708, p.c. in proc. Giacometti, in *C.e.d. Cass.*, n. 191885; conf. Cass. pen., sez. IV, 12 giugno 1987, n. 9424, Muller, *ivi*, n. 176608), successivamente, ha affermato che «Agli effetti della "legitimatio ad causam", del soggetto, convivente di fatto della vittima dell'azione omicidiale di un terzo, viene in considerazione non già il rapporto interno tra i conviventi, bensì l'aggressione che tale rapporto ha subito ad opera del terzo. Conseguentemente, mentre è giuridicamente irrilevante che il rapporto interno non sia disciplinato dalla legge, l'aggressione ad opera del terzo legittima il convivente a costituirsi parte civile, essendo questi leso nel proprio diritto di libertà, nascente direttamente dalla costituzione, alla continuazione del rapporto, diritto assoluto e tutelabile "erga omnes", senza, perciò, interferenze da parte dei terzi. Tuttavia non ogni convivenza, anche soltanto occasionale, può ritenersi sufficiente a fondare un'azione risarcitoria: consistendo il danno patrimoniale risarcibile nel venir meno degli incrementi patrimoniali, che il convivente di fatto era indotto ad attendersi dal protrarsi nel tempo del rapporto, esso in tanto può essere risarcito, in quanto la convivenza abbia avuto un carattere di stabilità tale da far ragionevolmente ritenere che, ove non fosse intervenuta l'altrui azione omicidiale, la convivenza sarebbe continuata nel tempo» (Cass. pen., sez. I, 4 febbraio 1994, n. 3790, De Felice, *ivi*, n. 199108, nonché in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1996, 371, con nota di Peyron, *Sulla legittimazione del convivente di fatto a costituirsi parte civile in caso di omicidio*, a cui si rimanda per un approfondimento dell'argomento. Più di recente v. Cass. pen., sez. IV, 8 luglio 2002, n. 33305, Rocchetti, in *C.e.d. Cass.*, n. 222366).

[130] Volendo, v. Ciavola, Sub *art. 90*, in Conso-Grevi, *Commentario breve al codice di procedura penale*, cit., 245.

[131] Al riguardo, v. Cass. pen., sez. IV, 21 aprile 1995, Magurano, in *C.e.d. Cass.*, n. 201878. Rimane fermo che i diritti e le facoltà della persona offesa si estendono, *ex* art. 90, comma 3, c.p.p., ai prossimi congiunti solo se il decesso è stato conseguenza del reato, diversamente, essi potranno costituirsi in giudizio come parte civile in quanto danneggiati (In tal senso, ad esempio, v. Cass. pen., sez. V, 16 febbraio 2012, n. 11634, p.o. in proc. Iacobuzio, *ivi*, n. 252311; Cass. pen., sez. V, 2 luglio 2007, n. 31921, p.o. in proc. Briano, *ivi*, n. 237575; Cass. pen., sez. VI, 26 febbraio 2003, n. 16715, Pagano, *ivi*, n. 224960.

[132] Cfr. Bonetti, *Famiglia e processo penale*, cit., 36.

[133] Trib. Milano, 28 gennaio 1999, in *G. dir.*, 1999, n. 11, 105, v., altresì, Procaccianti, Sub *art. 96 c.p.p.*, in Conso- Grevi, *Commentario breve al codice di procedura penale*, cit., 259.

[134] Bonetti, *Famiglia e processo penale*, cit., 29; analogamente, ma in senso critico, v. Scalfati, Sub *art. 96*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda-Spangher, vol. I, Milano, 2007, 708.

[135] In questi termini v. Spangher, Sub *art. 29*, in Grevi-Giostra-Della Casa, *Ordinamento penitenziario commentato*, t. I, *Trattamento penitenziario*, a cura di Della Casa, 4ª ed., Padova, 2011, 371.

Meno problematica appare la lettura dell'art. 387 c.p.p. che – nel disporre che la polizia giudiziaria, una volta effettuato un arresto o un fermo, previo consenso dell'interessato, senza ritardo, debba darne notizia ai familiari – in virtù della nozione utilizzata, autorizza ad ampliare l'elenco dei destinatari dell'avviso, inglobandovi il convivente *more uxorio*[136]. La norma, invero, di là da essere funzionale all'esercizio del potere di nomina di un difensore di fiducia *ex* art. 96 c.p.p., è prevalentemente rivolta a permettere a coloro i quali sono legati all'arrestato o al ristretto da legami affettivi – siano essi o meno consacrati dall'esistenza di un matrimonio – di conoscere le sorti del proprio familiare, in via d'urgenza privato della libertà personale e, quindi, costretto a non poter fare ritorno presso la propria abitazione[137]. In quest'ottica il collegamento con l'avviso previsto dagli articoli 29 ord. pen. e 63 reg. pen. risulta ancora più evidente: rispetto ad esso «si pone in posizione di avamposto, preliminare appunto all'accesso in una struttura custodiale»[138].

12. Il ruolo della famiglia nel trattamento penitenziario.

La famiglia rappresenta uno degli elementi fondamentali del trattamento penitenziario e una delle risorse principali per favorire il reinserimento sociale del condannato[139]. In un sistema in cui, *ex* art. 27, comma 3, Cost., la pena non deve consistere in trattamenti disumani e degradanti e deve tendere alla rieducazione del condannato, è fin troppo evidente che la regolamentazione dei rapporti tra il detenuto e la famiglia rileva su entrambi i versanti della pena "costituzionale"[140]. È così che ai rapporti con la famiglia l'ordinamento dedica una specifica attenzione già a partire dall'enunciazione contenuta nell'art. 15 ord. pen. a proposito degli elementi principali del trattamento[141]. A sua volta, l'art. 28 ord. pen. prevede espressamente che «particolare cura è dedicata a mantenere, migliorare o ristabilire le relazioni dei detenuti e degli internati con le famiglie»; ciò in quanto è soprattutto attraverso queste relazioni che si assicura al detenuto la possibilità di mantenere un contatto con il mondo esterno, riducendo i rischi derivanti dal c.d. "processo di prigionizzazione"[142].

Vi è l'idea che le relazioni affettive con la famiglia rappresentino un aspetto importante della vita del detenuto e di alto valore umano che deve essere salvaguardato dagli effetti della carcerazione, tanto che si fa gravare sull'Amministrazione penitenziaria l'obbligo di intervenire adeguatamente al riguardo[143].

Del resto, che la perdita di libertà non deve necessariamente comportare l'assenza di contatti con il mondo esterno, e specificamente con la propria famiglia, è un principio che è stato affermato dalle Regole penitenziarie europee del 1987[144] ed è stato successivamente ribadito

[136] Bonetti, *Famiglia e processo penale*, cit., 29.

[137] Al riguardo, ad esempio, v. Russo, Sub *art. 386*, in AA.VV., *Codice di procedura penale*, a cura di Tranchina, t. I, cit., 2916.

[138] Così Bonetti, *op. loc. cit.*, il quale evidenzia che «la disposizione è strumentale alla movimentazione, con immediatezza, perentoria e consentanea alla subitaneità dell'atto restrittivo compiuto, della struttura familiare quale supporto morale, economico e giuridico».

[139] Sull'argomento v. Bonetti, *Famiglia e processo penale*, cit., 44 ss.

[140] Della Casa, *I rapporti del detenuto con la sua famiglia*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 122, il quale, invero, osserva «come potrebbe, ad esempio, definirsi "umano" un regime detentivo così ripiegato sulle proprie esigenze custodialistiche da negare al detenuto la possibilità di recarsi al capezzale del familiare o del convivente in imminente pericolo di vita? E analogamente, per quanto concerne il profilo del finalismo rieducativo, com'è possibile immaginare una serie di sforzi mirati al reinserimento del contesto sociale, che prescindano da una valorizzazione di quell'importante cellula-base, rappresentata dalla famiglia?».

[141] Diddi, Sub *art. 15*, in *Codice dell'esecuzione penitenziaria*, a cura di Peroni-Scalfati, Milano, 2006, 206.

[142] Clemmer, *The Prison Community*, Boston, The Christopher Publishing House, 1941, tr. it. Santoro, *Carcere e società liberale*, Torino, 1997, 205 e ss. Segnatamente, l'A. evidenzia come il processo di "prigionizzazione" comporti un lento e graduale adeguamento del soggetto ai costumi, alla cultura e al codice d'onore del carcere, che alimenta e approfondisce l'antisocialità del detenuto, rendendolo sempre più estraneo alla società civile e sempre più aderente alla subcultura della comunità del carcere (In argomento, fra i tanti, v. Tumminello, *Il volto del reo. L'individualizzazione della pena fra legalità ed equità*, Milano, 2010, 248 ss.).

[143] Al riguardo, per tutti, v. Brunetti- Ziccone, *Manuale di diritto penitenziario*, Piacenza, 2005, 336.

[144] Cfr. *Le nuove regole penitenziarie europee*, versione europea rivista e aggiornata delle regole minime per il trattamento dei detenuti, *Raccomandazione R(87)3 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa*, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 12 febbraio 1987, nel corso della 404esima riunione dei Delegati dei Ministri, in *www.rassegnapenitenziaria.it*. Precisamente, si osserva che «La detenzione, data la privazione della libertà, è una punizione in quanto tale. La condizione della detenzione e i regimi penitenziari non devono quindi aggravare la sofferenza inerente ad essa, eccetto che come condizione accidentale giustificata dalla necessità dell'isolamento o di mantenere la disciplina» (§ 64); inoltre, «Ogni sforzo deve essere fatto per assicurarsi che i regimi degli istituti siano regolati e gestiti in maniera da: […] b) ridurre al minimo gli effetti negativi della detenzione e le differenze tra la vita in carcere e quella in libertà, differenze che tendono a far diminuire il rispetto di sé e il senso della responsabilità personale nei detenuti; c) mantenere e rinforzare i legami dei detenuti con i membri della loro famiglia e la comunità esterna al fine di proteggere gli interessi dei detenuti e delle loro famiglie» (§ 65).

dalle Regole penitenziarie europee del 2006[145]. A questo fine, gli Stati devono consentire frequenti comunicazioni e visite con i familiari per permettere ai detenuti di mantenere e sviluppare relazioni il più possibile normali, nonché autorizzare il detenuto ad uscire dall'istituto per ragioni umanitarie o garantire che i detenuti ricevano le informazioni importanti riguardanti i membri delle loro famiglie e che informazioni più importanti che li riguardano siano trasmesse alle persone interessate all'esterno dell'istituto[146].

L'ordinamento penitenziario del 1975 si pone in linea con queste affermazioni di principio, come si ricava dalla lettura di diverse disposizioni. In tale ambito, l'art. 28 rappresenta la premessa di una serie articolata di previsioni, che, da un lato, danno concreta attuazione alla norma, dall'altro, trovano in questa la premessa per la loro realizzazione[147]. Più precisamente, i rapporti del detenuto con il mondo esterno e, in particolare, con la famiglia sono garantiti attraverso un insieme di norme volte, anzitutto, a mantenere un contatto diretto con la famiglia all'interno del carcere, in secondo luogo, permettendo al detenuto di uscire fuori dalla struttura. L'attenzione da parte del legislatore è rivolta alle esigenze e ai diritti del detenuto, ma anche, sia pure in modo, generalmente, solo indiretto, agli interessi dei familiari, spesso definiti "vittime dimenticate"[148]. Ed invero, come sottolineano le Regole penitenziarie europee, ogni sforzo deve essere sì compiuto per mantenere e rinforzare i legami familiari al fine di proteggere gli interessi dei detenuti, ma anche per tutelare gli interessi delle loro famiglie. Dove, il termine famiglia va inteso in senso lato in modo da inglobarvi la relazione che il detenuto ha stabilito con una persona che può essere comparata a quella con i membri della sua famiglia quand'anche la relazione non sia stata ufficializzata[149].

Tale lettura è condivisa da tempo anche dalla dottrina[150] e dalla giurisprudenza italiana[151] nell'interpretare le disposizioni sull'ordinamento penitenziario, sostengono che, poiché rileva una nozione di famiglia riconducibile alla sfera affettiva del detenuto, deve ritenersi superata ogni distinzione tra situazioni di fatto e di diritto. Ogni riferimento va, dunque, non soltanto alla famiglia detta legittima (fondata sul matrimonio), ma anche a quella allargata, comprensiva anche degli affini, e di fatto, basata, cioè, sulla convivenza *more uxorio*[152]. Il regolamento penitenziario introdotto dal d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, nel rafforzare il senso della disciplina ponendo l'accento sull'attenzione e la cura con cui devono trattarsi tutte quelle situazioni familiari e relazionali che continuano a incidere sulla condizione attuale dei detenuti e sulle loro aspettative di vita futura[153], non ha fatto altro che formalizzare questa lettura, indicando, in diverse occasioni, espressamente i congiunti e i conviventi tra i familiari; sebbene, in verità, tra i conviventi devono farsi rientrare tutti coloro che coabitavano con il detenuto, anche al di là dell'esistenza di una relazione affettiva.

13. La cura e il mantenimento delle relazioni familiari.

Le indicazioni sul vissuto familiare, anzitutto, vengono assunte nel corso del primo collo-

[145] In particolare, v. Art. 24 - Contatti con l'esterno, *Raccomandazione R(2006)2 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle Regole Penitenziarie Europee*, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa l'11 gennaio 2006, in occasione della 952esima riunione dei Delegati dei Ministri, in *www.coe.int.*

[146] Al riguardo, v. Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria. Ufficio studi, ricerche, legislazione e rapporti internazionali, *Le regole penitenziarie europee. Allegato alla Raccomandazione R (2006)2 adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa l'11 gennaio 2006*, Ministero della Giustizia, Roma, 22 ss., in *www.rassegnapenitenziaria.it.*

[147] Spangher, Sub *art. 28*, in Grevi-Giostra-Della Casa, *Ordinamento penitenziario commentato*, t. I, *Trattamento penitenziario*, a cura di Della Casa, 4ª ed., cit., 365.

[148] Questa definizione si deve, in particolare, a Matthews, *Forgotten victims. How prison affects the family*, London, NACRO, 1983, a cui si rimanda per ulteriori approfondimenti.

[149] Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria. Ufficio studi, ricerche, legislazione e rapporti internazionali, *Le regole penitenziarie europee. Allegato*, cit., 76.

[150] Cfr. Spangher, Sub *art. 28*, cit., 365.

[151] Cass. pen., sez. V, 27 gennaio 1995, n. 2216, Lafleur, in *C.e.d. Cass.*, n. 200669, in cui si è affermato che «L'art. 18 della legge 26 luglio 1975, n. 354, nel disporre che i detenuti sono ammessi ad avere colloqui con i congiunti (primo comma) e che particolare favore è accordato al colloquio con i familiari (terzo comma), autorizza un'interpretazione non restrittiva dei termini "congiunti" e "familiari"».

[152] In questi termini, in particolare, v. Bellantoni, *Il trattamento dei condannati*, in AA.VV., *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, a cura di Corso, 4ª ed., Bologna, 2011, 121; analogamente Bonetti, *Tutela della riservatezza ed ambito penitenziario*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, 856, il quale aggiunge: «per dilatarsi, in sintonia con i parametri europei, in modo ampio, addirittura verso qualsivoglia persona con cui l'interessato risulti "abitualmente in contatto"».

[153] Brunetti- Ziccone, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 340.

quio con il detenuto all'atto del suo ingresso in carcere, allorché egli «è invitato a segnalare gli eventuali problemi personali e familiari che richiedono interventi immediati. Di tali problemi la direzione informa il centro di servizio sociale» (art. 23 reg. pen.). Queste informazioni sono, successivamente, integrate e approfondite attraverso l'osservazione scientifica della personalità del detenuto e vengono conservate nella sua cartella personale.

L'esigenza di mantenere un contatto con la famiglia è tenuta in considerazione a partire della decisione sul luogo di esecuzione della pena favorendo la scelta di istituti prossimi alla residenza delle famiglie[154]. Gli stessi trasferimenti legati al regime di sorveglianza particolare *ex* art. 14 *bis* ord. pen. devono determinare il minimo pregiudizio possibile per i familiari. In questa prospettiva, quelli familiari – si è osservato – si configurano come i principali "interessi umani" che il trattamento rieducativo tende a sostenere, com'è confermato dalle norme regolamentari interne a ogni istituto, che devono consentire «il possesso di oggetti di particolare valore morale e affettivo» (art. 10 reg. pen.); nonché – con le precauzioni del caso –, la ricezione dall'esterno di oggetti e generi alimentari, attraverso i c.d. "pacchi alimentari", elementi anch'essi giudicati fondamentali per avere un contatto, sia pure indiretto, con le famiglie[155].

Durante la detenzione, gli strumenti principali per mantenere i rapporti familiari sono i colloqui e la corrispondenza, specialmente, telefonica.

L'art. 18 ord. pen., sul punto, si limita a prevedere che particolare favore viene accordato ai colloqui con i familiari. Il regolamento penitenziario, all'art. 37, ha, poi, provveduto a specificare chi debbano intendersi per tali, indicando, a questi fini, i congiunti e i conviventi, così mostrando – si è già detto – di riconoscere particolare valore ai rapporti di vita e affettivi, quali esistono nella realtà dei fatti[156]. In tal modo sono stati superati i problemi interpretativi che poneva la disciplina precedente che faceva menzione dei congiunti o dei familiari mettendo in dubbio se i due termini dovessero essere considerati equivalenti, e se tra costoro potessero annoverarsi anche i soggetti legati al detenuto da una parentela naturale[157]. La giurisprudenza, per il vero, aveva tentato di superare tale dubbio affermando che la normativa autorizzasse un'interpretazione non restrittiva dei termini "congiunti" e "familiari"[158]. Nello stesso senso si era orientato il DAP che in una Circolare del 1998 aveva sottolineato come il concetto di famiglia, evolutosi in termini più sociologici che giuridici, non consentisse di indicare un preciso concetto giuridico di famiglia valido anche a determinare l'ambito dei suoi componenti[159]. «Data l'integrazione di elementi sociali, culturali ed affettivi che si osserva nella famiglia, questa riveste il carattere di istituzione e rappresenta in genere il nucleo di maggior condensazione dei sistemi di parentela. In senso sociologico quindi si può dire che la famiglia sia un gruppo sociale o unità fondamentale dell'organizzazione sociale, caratterizzato dalla residenza comune, dalla cooperazione economica e dalla riproduzione»[160]. Ne consegue che con i due termini congiunti e familiari devono indicarsi tutti coloro che sono legati da vincolo di parentela o di coniugio, compresi i figli naturali, gli adottivi e gli affiliati; mentre, per "conviventi" devono intendersi le persone che coabitavano col detenuto prima della carcerazione, senza attribuire alcuna rilevanza all'identità del sesso o alla tipologia dei rapporti concretamente intrattenuti con il detenuto medesimo (*more uxorio*, di amicizia, di collaborazione domestica, di lavoro alla pari, etc.)[161].

Vista l'importanza dei rapporti con i familiari, il diritto di effettuare sei colloqui al mese sussiste, anche quando si tratta di detenuti sottoposti al regime di sorveglianza particolare *ex* art. 14-*quater* ord. pen. Diversamente, quando si tratta di detenuti o internati per uno dei reati previsti dal primo periodo del primo comma dell'art. 4-*bis* ord. pen. e per i quali si applichi

[154] Questa regola, secondo il combinato disposto degli articoli 14 e 42 ord. pen., vale sia per le assegnazioni che per i trasferimenti.

[155] Bargiacchi, *Esecuzione della pena e relazioni familiari. Aspetti giuridici e sociologici*, in *www.altrodiritto.unifi.it*, la quale, altresì, evidenzia come «Il "pacco" ha sia per i detenuti che per i familiari un forte contenuto simbolico, in quanto costituisce il mezzo per i familiari di poter accudire il soggetto detenuto, e rappresenta per il detenuto la conferma dell'affetto dei propri familiari, che si prodigano per il suo benessere».

[156] Brunetti-Ziccone, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 345; analogamente v. Scomparin, *Il sistema penitenziario*, in Neppi Modona-Petrini-Scomparin, *Giustizia penale e servizi sociali*, Roma-Bari, 2009, 249.

[157] Sull'argomento, fra gli altri, cfr. Cirignotta-Turrini Vita, *Colloqui e corrispondenza telefonica dei detenuti e degli internati*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 651.

[158] Cass. pen., sez. V, 27 gennaio 1995, n. 2216, Lafleur, in *C.e.d. Cass.*, n. 200669, cit.

[159] Dipartimento Amministrazione Penitenziaria, Circolare n. 3478/5928, 8 luglio 1998, relativa al riordino e chiarimento dei regimi dei colloqui e corrispondenza telefonica, 3, in *www.dirittopenitenziario.it*.

[160] Dipartimento Amministrazione Penitenziaria, Circolare n. 3478/5928, 8 luglio 1998, cit., 3.

[161] Dipartimento Amministrazione Penitenziaria, Circolare n. 3478/5928, 8 luglio 1998, cit., 5.

il divieto di benefici ivi previsto, il numero dei colloqui non può essere superiore a quattro al mese. Numero dei colloqui che si riduce ulteriormente per i soggetti sottoposti al regime del 41-*bis* ord. pen., i quali hanno diritto ad un solo colloquio al mese ed esclusivamente con i familiari e i conviventi, salvo situazioni eccezionali (art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. b), ord. pen.).

Sia chiaro: il detenuto, ove si tratti di congiunti o conviventi, gode di un vero e proprio diritto soggettivo al colloquio che l'Amministrazione, una volta accertata l'esistenza di un rapporto di parentela o di convivenza, non ha il potere di negare in base a valutazioni di tipo discrezionale[162]. La prova del rapporto di parentela può essere offerta anche mediante autocertificazione; per gli stranieri l'autocertificazione viene accettata solo se accompagnata da un documento di soggiorno e da uno di identità[163]. Secondo le indicazioni del Ministero della Giustizia[164], i conviventi devono munirsi di un attestato di convivenza con la persona detenuta, certificazione che può essere richiesta al comune di residenza.

Il diritto al colloquio è chiaramente indicato nella Carta dei diritti e i doveri dei detenuti e degli internati[165] che, secondo quanto previsto dall'art. 69 reg. pen.[166], deve essere consegnata a ciascun interessato al momento dell'ingresso in carcere e deve essere portata a conoscenza dei relativi familiari. I colloqui hanno durata di un'ora, ma in particolari circostanze, se si tratta di congiunti o di conviventi, possono avere una durata superiore[167]. È, inoltre, previsto che ai soggetti gravemente infermi, o quando il colloquio si svolge con prole di età inferiore a dieci anni ovvero quando ricorrano particolari circostanze, possano essere concessi colloqui anche fuori dei limiti stabiliti in via ordinaria. E ancora: nell'ottica della conservazione e della cura dei rapporti dei detenuti e degli internati con le loro famiglie, l'art. 61 reg. pen. prevede che, poiché particolare attenzione deve essere dedicata ad affrontare la crisi conseguente all'allontanamento del soggetto dal nucleo familiare[168], a rendere possibile il mantenimento di un valido rapporto con i figli, specie in età minore, e a preparare la famiglia e il soggetto stesso alla rimessione in libertà, su indicazione del gruppo di osservazione, possano essere concessi colloqui oltre quelli previsti dall'art. 37 reg. pen. o si possa autorizzare gli ospiti ad effettuare il colloquio con modalità particolari, permettendo di trascorrere insieme al detenuto una parte della giornata in appositi locali o all'aperto e di consumare un pasto in compagnia.

Una particolare attenzione alle relazioni familiari è accordata dalla legge anche nel caso di corrispondenza telefonica tra i detenuti e i loro congiunti o conviventi: il detenuto, in questi casi, ha diritto a una telefonata alla settimana di dieci minuti. Un analogo diritto gli spetta in caso di rientro nell'istituto dal permesso o dalla licenza. Quando si tratta di detenuti o internati esclusi dai benefici penitenziari *ex* art. 4-*bis* ord. pen., i colloqui telefonici non possono essere superiori a due al mese. Assai più rigido il regime previsto dal 41-*bis* ord. pen.: solo per coloro che non effettuano colloqui può essere autorizzato, e solo dopo i primi sei mesi di applicazione, un colloquio telefonico mensile con i familiari e i conviventi della durata massima di dieci minuti.

Tali limitazioni ai colloqui e alla corrispondenza telefonica suscitano perplessità, soprattutto dopo le ulteriori restrizioni introdotte dalla legge del 15 luglio 2009 n. 94. Se, infatti, non si può trascurare l'importanza di adottare degli strumenti efficaci nella lotta alla criminalità organizzata, recidendo o comunque circoscrivendo i contatti del detenuto con il mondo esterno, va altresì considerato che la mancata determinazione della durata temporale della misura produce degli effetti, a dir poco devastanti, sulle relazioni familiari. La Corte costituzionale,

[162] Al riguardo, in particolare, v. Cass. pen., sez. un., 26 febbraio 2003, n. 25079, Gianni, in motivazione, spec. § 16, in *C.e.d. Cass.*, n. 224603; per un'analisi dell'argomento, *ex plurimis*, v. Bertolotto, Sub *art. 18*, in Grevi-Giostra-Della Casa, *Ordinamento penitenziario commentato*, t. I, *Trattamento penitenziario*, a cura di Della Casa, 4ª ed., cit., 227 ss.

[163] Per un approfondimento di questo aspetto del diritto ai colloqui cfr. Brunetti-Ziccone, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 344 ss.

[164] Vedi Ministero Giustizia, *Procedure per colloqui e telefonate*, in *www.giustizia.it.*

[165] La Carta dei diritti e dei doveri dei detenuti e degli internati è stata approvata con D.m. del 5 dicembre 2012, il testo del provvedimento è consultabile sul sito del Ministero della Giustizia, in *www.giustizia.it*.

[166] Così come modificato dall'art. 1 del d.P.R. 5 giugno 2012, n. 136.

[167] Cfr. art. 37 reg. pen.

[168] Come ribadito anche dal Dipartimento Amministrazione Penitenziaria, nella Circolare n. 3533/5983, 3 novembre 2000 - *colloqui e corrispondenza telefonica dei detenuti e degli internati, articoli 37 e 39 d.p.r. 230/2000*, «il concetto di nucleo familiare non coincide con quello dell'eguale espressione usata dalla normativa anagrafica e va inteso nell'accezione propria dell'ordinamento penitenziario, quale emerge dalla legge e dalle interpretazioni contenute nelle circolari già emesse in materia».

sin dalla prima delle sue pronunce in tema di 41-*bis*, comma 2, ord. pen.[169], ha affermato che una lettura costituzionalmente corretta della disposizione emergenziale postula, tra l'altro, che anche nei confronti dei detenuti sottoposti al regime restrittivo in esame la pena detentiva non possa porsi in contrasto con il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità, né rinunciare totalmente al principio del finalismo rieducativo. Se così è, merita interesse la riflessione di quella parte della dottrina[170] che, a proposito della effettiva funzionalità di un ridotto numero di colloqui rispetto all'obiettivo della lotta alla criminalità organizzata, osserva che, «una volta ammesso per ragioni umanitarie il colloquio mensile, tanto basta per compromettere il raggiungimento dei risultati avuti di mira. Ne qual caso la drastica limitazione del numero dei colloqui con i familiari risponderebbe, almeno prevalentemente, all'esigenza di una maggiore afflittività della pena[171]; più difficile – anche se non impossibile – da giustificare alla luce delle limitazioni ammesse dal comma 2 dell'art. 8 C.e.d.u.»[172]; il quale – com'è noto – riconosce ad ogni persona il diritto al rispetto della sua vita familiare e prevede, solo in via derogatoria, specifiche ragioni in presenza delle quali tale diritto è comprimibile mediante ingerenze della pubblica autorità.

14. La questione del riconoscimento del diritto all'affettività in carcere.

Da tempo sono stati messi in evidenza i disturbi che possono derivare da una forzosa negazione della sessualità e della affettività in ambito carcerario[173]. Nel corso dei lavori preparatori al regolamento penitenziario del 2000 era stata tentata, pertanto, una risposta a tale problematica prevedendo una forma particolare di permesso che avrebbe consentito ai detenuti e agli internati di trascorrere con i propri familiari fino a ventiquattro ore in un'unità abitative appositamente predisposte all'interno dell'istituto, limitando il controllo del personale di polizia penitenziaria alla sorveglianza esterna dei locali, con la possibilità di effettuare controlli all'interno solo in presenza di situazioni di emergenza[174].

Si trattava di una novità di grande rilievo che costituiva un'importante affermazione del diritto per ogni detenuto di mantenere relazioni naturali fondamentali per la realizzazione del proprio diritto alla vita[175]. L'intervento proposto per dare soluzione al problema del mantenimento di una vita affettiva in carcere, che non veda preclusa la sfera della sessualità, era apparso, tuttavia, non meramente esecutivo di disposizioni contenute nella norma primaria e, per certi versi, in contrasto con la stessa. La Sezione consultiva del Consiglio di Stato, in particolare, nel parere espresso sullo schema di regolamento nel corso dell'adunanza del 17 maggio 2000, aveva rilevato come le scelte che il regolamento si accingeva a compiere non potessero essere legittimamente effettuate (nel silenzio della legge) in sede regolamentare attuativa o esecutiva, in quanto «postulano piuttosto il responsabile intervento del legislatore, al quale solo spetta il potere di adeguare sul punto una normativa penitenziaria che sembra diversamente orientata»[176]. Sono soprattutto le modalità di controllo ad essere apparse dissonanti rispetto alle prescrizioni di cui all'art. 18, comma 2, ord. pen., che prevede che i colloqui con i familiari si svolgano sotto il controllo a vista e non auditivo del personale di custodia[177]. D'altra parte, che questo tipo d'incontri dovessero farsi rientrare nella disciplina dei colloqui piuttosto che in una sorta di "permesso interno" concesso dal direttore dell'istituto, secondo il Consiglio di Stato, è conclusione che va tratta dalla assenza di una specifica indicazione legislativa. Di

[169] Corte cost., 24 giugno 1993, n. 349, in *www.giurcost.it*; per un'analisi dell'argomento, fra gli altri, v. Cesaris, Sub *art. 41*-bis, in Grevi-Giostra-Della Casa, *Ordinamento penitenziario commentato*, t. I, *Trattamento penitenziario*, a cura di Della Casa, 4ª ed., cit., 448 ss.
[170] Al riguardo, cfr. Della Casa, *I rapporti del detenuto con la sua famiglia*, cit., 125.
[171] Particolare afflittività della pena che pare, peraltro, funzionale a spingere il detenuto a dissociarsi dalla famiglia mafiosa di appartenenza collaborando con la giustizia; condizione, questa, indispensabile per far cadere il divieto di concessione dei benefici previsti dalla legge penitenziaria, secondo quanto prescritto dall'art. 4-*bis*, comma 1, ord. pen.
[172] Della Casa, *op. loc. cit.*
[173] Sul punto, fra gli altri, v. Brunetti- Ziccone, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 333-334.
[174] Spangher, Sub *art. 28*, cit., 366.
[175] Canevelli, *Emanato il regolamento dell'ordinamento penitenziario*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 1321.
[176] Al riguardo, cfr. Spangher, *op. loc. cit*.
[177] Canevelli, *Emanato il regolamento*, cit., 1321-1322.

conseguenza, la questione è stata stralciata dal testo definitivo del regolamento penitenziario. Vista, però, l'importanza del tema si sperava che il legislatore, a breve, intervenisse introducendo una disciplina in linea con quella, ad esempio, prevista in altri ordinamenti europei che già autorizzano i c.d. permessi d'amore; in ottemperanza, peraltro, alle diverse sollecitazioni provenienti da fonti sovranazionali[178] affinché sia concessa ai detenuti la possibilità di avere incontri non sorvegliati con il proprio *partner*, allorché lo stesso effettui una visita in carcere.

Che non si possa prescindere da un intervento del legislatore, d'altra parte, è stato detto chiaramente anche dalla Corte costituzionale[179], la quale, di recente, ha affermato che, poiché il problema della tutela della sessualità in carcere si presta ad una molteplicità di soluzioni, la materia è di esclusiva spettanza del potere politico. Nel frattempo, però, sono passati quasi quindici anni e nulla ancora è stato fatto[180], nonostante sia stata sempre la Corte costituzionale a sottolineare che permettere alle persone sottoposte a restrizione della libertà personale di continuare ad avere relazioni affettive intime, anche a carattere sessuale, rappresenta un'esigenza reale e fortemente avvertita[181]. Come confermato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che, sul punto, pur escludendo che la C.e.d.u. – e in particolare, gli artt. 8, paragrafo 1, e 12 –, anche quando si tratti di coppie coniugate, prescriva inderogabilmente agli Stati parte di permettere i rapporti sessuali all'interno del carcere, ha reiteratamente espresso il proprio apprezzamento nei confronti del movimento di riforma in favore del riconoscimento del diritto dei detenuti ad una vita affettiva e sessuale intramuraria[182]. Non si può, dunque, che formulare l'auspicio che, al più presto, il tema diventi parte dell'agenda politica[183].

15. L'assistenza alle famiglie.

Rimane fermo che l'impegno dell'Amministrazione penitenziaria non è solo di favorire la cura e il mantenimento delle relazioni tra il detenuto e la famiglia, ma anche di vigilare che non sussistano fattori che possano deteriorare tali relazioni, ecco perché quando risulta che i familiari non mantengono rapporti con il detenuto o l'internato la direzione ne fa segnalazione al centro di servizio sociale per gli opportuni interventi.

Il contatto diretto tra il detenuto e la famiglia è, altresì, garantito dalla possibilità di usci-

[178] Le maggiori sollecitazioni provengono dal Consiglio d'Europa; al riguardo, si veda la Raccomandazione (1997) 1340, sugli effetti sociali e familiari della detenzione, adottata dall'Assemblea generale il 22 settembre 1997, che all'art. 6 invita gli Stati membri a «migliorare le condizioni previste per le visite da parte delle famiglie, in particolare mettendo a disposizione luoghi in cui i detenuti possano incontrare le famiglie da soli». In modo ancora più puntuale, la successiva Raccomandazione (1998) 7, del Comitato dei Ministri, dell'8 aprile 1998, sugli aspetti etici ed organizzativi della salute in carcere, consultabile in *www.coe.int*, che al § 68, prevede «*Consideration should be given to the possibility of allowing inmates to meet with their sexual partner without visual supervision during the visit*». E ancora: la Raccomandazione (2006) 2 sulle Regole penitenziarie europee, cit., che alla regola n. 24.4, indica: «le modalità delle visite devono permettere ai detenuti di mantenere e sviluppare relazioni familiari il più possibile normali»; regola che mira anche a permettere un incontro sessuale tra i partner, come si deduce dal commento ove si precisa che, «quando è possibile, devono essere autorizzate visite familiari di lunga durata (per esempio 72 ore come viene praticato in numerosi paesi dell'Europa dell'Est). Queste visite prolungate permettono ai detenuti di avere relazioni intime con i loro partner. Le "visite coniugali" più brevi, autorizzate a tale fine, possono avere un effetto umiliante per entrambi i partner» (Così Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria. Ufficio studi,ricerche, legislazione e rapporti internazionali, *Le regole penitenziarie europee. Allegato alla Raccomandazione R(2006)2 adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa l'11 gennaio 2006*, cit., 78). Anche la Raccomandazione del Parlamento europeo del 9 marzo 2004, n. 2003/2188(INI), su *I diritti dei detenuti nell'Unione europea*, consultabile in *www.europarl.europa.eu*, nell'invitare il Consiglio a promuovere, sulla base di un contributo comune agli Stati membri dell'Unione europea, l'elaborazione di una Carta penitenziaria europea comune ai Paesi membri del Consiglio d'Europa, menziona specificamente, all'art. 1, lettera c), tra i diritti da riconoscere ai detenuti, «il diritto ad una vita affettiva e sessuale prevedendo misure e luoghi appositi».

[179] Corte cost., 19 dicembre 2012, n. 301, in *www.giurcost.it*.

[180] Nel corso delle ultime legislature sono stati presentati diversi progetti di legge, tra questi, uno dei più recenti è la proposta di legge n. 983 C, dal titolo *Modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, e altre disposizioni in materia di relazioni affettive e familiari dei detenuti*, presentata il 13 maggio 2013, su iniziativa degli onorevoli Gozi e Giachetti, in *www.camera.it*.

[181] Un'esigenza che, come evidenzia la Corte, trova attualmente, nel nostro ordinamento, una risposta solo parziale nell'istituto dei permessi premio, previsto dall'art. 30-*ter* della legge n. 354 del 1975, la cui fruizione – stanti i relativi presupposti, soggettivi ed oggettivi – resta in fatto preclusa a larga parte della popolazione carceraria. Si tratta, dunque, di un problema che merita ogni attenzione (Corte cost., 19 dicembre 2012, n. 301, cit.).

[182] In tal senso, ad esempio, cfr. Corte e.d.u., 4 dicembre 2007, Dickson c. Regno Unito, n. 44362/04, in *www.hudoc.echr.coe.int*, in cui, in particolare, la Corte, nell'affrontare la questione sul diritto a formare una famiglia anche nel corso della detenzione, se del caso, ricorrendo alla inseminazione artificiale, ha evidenziato che «*However, while the Court has expressed its approval for the evolution in several European countries towards conjugal visits, it has not yet interpreted the Convention as requiring Contracting States to make provision for such visits*» (§ 81). Analogamente, v. Corte e.d.u., 29 luglio 2003, Aliev c. Ucraina, n. 41220/08, *ivi*, § 188; Corte e.d.u., 22 ottobre 1997, E.L.H. and P.B.H. c. Regno Unito, n. 32094/96-32568/96, § 4, *ivi*.

[183] In tal senso, già, si esprimeva più di dieci anni fa Della Casa, *I rapporti del detenuto con la sua famiglia*, cit., 127.

re dalla struttura carceraria con i permessi c.d. umanitari. È il caso in cui vi sia l'imminente pericolo di vita di un familiare o di un convivente, o, eccezionalmente, per eventi familiari di particolare gravità[184]. Ai condannati che hanno tenuto regolare condotta e che non risultano socialmente pericolosi, poi, possono essere concessi permessi premio della durata di quindici giorni per consentire di coltivare interessi affettivi (art. 30-*ter* ord. pen.)[185].

E ancora: deve ritenersi spetti anche ai conviventi legati da un rapporto sentimentale stabile con il detenuto il diritto d'informazione previsto per i congiunti dall'art. 29 ord. pen., relativamente all'ingresso in carcere, ad un avvenuto trasferimento, al decesso o ad una grave malattia, così come, analogamente, deve essere informato il detenuto del decesso o della grave malattia del congiunto.

In considerazione, infine, dell'effetto disgregante che l'allontanamento del condannato dal proprio nucleo familiare determina sia sotto il profilo socio-psicologico che economico, il sistema si preoccupa di assicurare un'azione di assistenza alle famiglie[186]. Particolare cura è rivolta al periodo che segue immediatamente la carcerazione, fornendo ai familiari, specialmente se di età minore, sostegno morale e consiglio per aiutarli a far fronte al trauma affettivo conseguente alla separazione dal congiunto. Senza, poi, trascurare i problemi pratici e materiali eventualmente causati dall'allontanamento (artt. 45 ord. pen. e art. 94 reg. pen.), relativamente ai quali è prevista anche un'attività di sostegno di tipo economico, attraverso la corresponsione di assegni familiari al detenuto (art. 23 ord. pen.); la possibilità di destinare parte del peculio ai familiari o conviventi (art. 25 ord. pen.); fino ad arrivare, nel caso in cui il detenuto si trovi in disagiate condizioni economiche e abbia tenuto in istituto una regolare condotta, alla possibile remissione del debito (art. 6 d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 - Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia). Non basta. Proprio per garantire che il detenuto possa continuare ad aiutare economicamente la famiglia, nell'assegnazione al lavoro si deve tenere conto dei carichi familiari[187]; inoltre, anche la quota pari a tre quinti della remunerazione spettante ai condannati può essere pignorata e sequestrata per le obbligazioni derivanti dagli alimenti (art. 24, comma 2 ord. pen.).

Una specifica attenzione, poi, è rivolta alla fase post-penitenziaria, in cui un ruolo di grande importanza è svolto dagli organi di assistenza sociale, i quali nel curare il mantenimento delle relazioni familiari, hanno il compito di segnalare alle autorità e agli enti competenti bisogni delle famiglie che richiedano speciali interventi (art. 75 ord. pen.). Infine – si è già visto –, rientra nella previsione dell'art. 61 reg. pen. che per preparare la famiglia al rientro del proprio congiunto, possano essere concessi colloqui oltre quelli generalmente consentiti oppure si possano autorizzare i familiari o i conviventi a trascorrere parte della giornata con il detenuto all'interno della struttura, all'aperto o in appositi locali, e consumare un pasto insieme.

[184] Per gli internati, l'art. 53, comma 2, ord. pen. prevede che possa essere concessa, per gravi esigenze personali o familiari, una licenza di durata non superiore a quindici giorni; può essere inoltre concessa una licenza di durata non superiore a giorni trenta, una volta all'anno, al fine di favorirne il riadattamento sociale. L'art. 2 della l. 21 aprile 2011, n. 62, ha poi introdotto l'art. 21-*ter* ord. pen. visite al minore infermo da parte della madre o del padre condannati, imputati o internati.

[185] Sempre in quest'ottica possono essere lette alcune disposizioni in tema di misure alternative alla detenzione, che tra i presupposti previsti ai fini della loro concessione fanno riferimento ai rapporti con la famiglia, sul punto cfr. Spangher, Sub *art. 28*, cit., 366, a cui si rimanda per ulteriori approfondimenti.

[186] Come sottolinea, altresì, a questo riguardo Coppetta, Sub *art. 45*, in Grevi-Giostra-Della Casa, *Ordinamento penitenziario commentato*, t. I, *Trattamento penitenziario*, a cura di Della Casa, 4ª ed., cit., 508, il riferimento è non solo alla famiglia di provenienza, ma anche all'eventuale famiglia di fatto.

[187] Una speciale considerazione l'art. 48, comma 13, reg. pen. dedica al detenuto ammesso al lavoro esterno in vista del mantenimento dei rapporti con la famiglia.

IL CONTUMACE CEDE LA SCENA PROCESSUALE ALL'ASSENTE, MENTRE L'IRREPERIBILE L'ABBANDONA

Riflessioni a prima lettura sulla nuova disciplina del procedimento senza imputato.

Serena Quattrocolo

Abstract

Lo scritto propone alcune brevi riflessioni sulla nuova disciplina della mancata partecipazione al processo dell'imputato, destinata a entrare prossimamente in vigore. La profonda riforma, che mira a cancellare la figura del contumace, è ricca di implicazioni complesse, non tutte di facile coordinamento.

Sommario

1. Cenni introduttivi. – 2. Tre nuove situazioni di rilevanza processuale. – 3. Ipotesi di celebrazione del processo in absentia. – 4. Eclatanti novità in tema di impugnazioni. – 5. La sospensione del procedimento nei confronti dell'imputato irreperibile. – 6. Ipotesi di applicazione intertemporale. – 7. Scenari per un nuovo contenzioso "convenzionale"?

1. Cenni introduttivi.

Il Capo III del disegno di legge C 331-927 B[1], definitivamente approvato in data 2.4.2014 reca, tra l'altro, un'ampia serie di disposizioni univocamente orientante a ridefinire, nel suo complesso, la disciplina del processo penale nei casi di mancata costituzione in giudizio dell'imputato.

Com'è noto, il testo – soprattutto nella parte dedicata, appunto, ai procedimenti *in absentia* – riprende in buona parte la formulazione di altro disegno di legge, già presentato dal medesimo primo firmatario, on. Donatella Ferranti (PD), durante la precedente legislatura e con essa decaduto dopo l'approvazione da parte di un solo ramo del Parlamento. Su quel testo, la Commissione giustizia della Camera aveva voluto svolgere un'approfondita istruttoria, attraverso un'ampia serie di audizioni di esperti, tra i quali i Proff. Claudia Cesari e Mario Chiavario, e anche nella nuova legislatura ulteriori audizioni[2] hanno contribuito al perfezionamento del testo.

Conviene, in primo luogo, tentare una ricostruzione sistematica dell'ampio intervento apportato – con riguardo alla materia qui di interesse – sul corpo del codice di procedura penale e su varie norme ad esso collegate.

2. Tre nuove situazioni di rilevanza processuale.

Anche sulla scorta della relazione di accompagnamento[3], si possono distinguere tre linee di intervento che si riflettono sul piano della dinamica processuale. Occorre premettere che tali direttrici si basano anche sull'opportuno tentativo di chiarificazione dell'equivoco alimentato dalla novella del 2005, che aveva visto il d.l. 21 febbraio 2005 n. 17, poi convertito con modificazioni in l. 22 aprile 2005, n. 60, intervenire profondamente sulla restituzione nel termine per proporre impugnazione avverso la sentenza contumaciale, riferendo, però, il fenomeno della mancata conoscenza da parte dell'imputato indifferentemente allo specifico provvedimento di *vocatio in ius* o al procedimento penale nel suo complesso[4].

Il primo piano di intervento agisce sulle situazioni di certezza della conoscenza del provvedimento che fissa l'udienza preliminare, per avere l'imputato ricevuto a sue mani la notifica del medesimo o per avere comunque espressamente rinunciato ad assistervi. Diversamente da quanto può leggersi nella relazione di accompagnamento, soltanto queste due situazioni concorrono a ricostruire la suddetta prima ipotesi procedimentale, basata sulla certezza della conoscenza del decreto.

Una seconda opzione riguarda le ipotesi in cui si possa riscontrare nell'atteggiamento dell'imputato una conoscenza "non qualificata" dell'esistenza e dello svolgimento del procedimento a suo carico. Indici di tale più generica consapevolezza sono, secondo il rinnovato testo dell'art. 420 *bis* co. 2 c.p.p., la nomina di un difensore di fiducia[5], la dichiarazione o elezione di domicilio, la sottoposizione a misura precautelare dell'arresto o del fermo (a prima lettura, parrebbe farsi riferimento, appunto, alla misura dell'art. 384, piuttosto che al "fermo identificativo" dell'art. 349, che non è univocamente orientato nei confronti del soggetto sottoposto alle indagini), o a misura cautelare *lato sensu* intesa, quindi non solo coercitiva ma anche interdittiva o, addirittura, reale. Ancora. Analoga situazione di consapevolezza rispetto al procedimento – ma non necessariamente al provvedimento che instaura l'udienza preliminare – è derivata dall'acquisizione al fascicolo di dati che dimostrino, con certezza, che l'imputato ha avuto conoscenza del procedimento o che si è volontariamente sottratto alla conoscenza del medesimo o di atti di questo. La relazione non offre indicazioni circa gli elementi che potrebbero tornare

[1] Cfr. Della Bella, *Approvata in via definitiva la legge sulla sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili. Al Governo due deleghe in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont.*, 4 aprile 2014.

[2] Dott. G. Tamburino, Capo Dipartimento Amministrazione penitenziaria; dott.sa L. Pomodoro e dott. C. Castelli, rispettivamente Presidente del Tribunale di Milano e presidente aggiunto sez. g.i.p. del Tribunale di Milano; dott. L. Panzani e dott.ssa A. Salvadori, rispettivamente Presidente del Tribunale di Torino e g.i.p. presso il Tribunale di Torino.

[3] Raccolta in calce al resoconto stenografico della seduta n. 39 della Camera dei deputati, del 24 giugno 2013.

[4] Cfr., tra gli altri, Negri, *sub* art. 1 d.l. 18 febbraio 2005, n. 17, in *Leg. Pen.*, 2005, 276 ss.

[5] Si veda, in proposito, la nota critica dell'Unione delle Camere Penali Italiane, *Riforme: obiettivi raggiunti (e qualche riserva)*, del 2 aprile 2014, in *www.camerepenali.it*.

utili ai fini di tale valutazione, soprattutto per quanto attiene al parametro della volontaria sottrazione alla conoscenza, concretamente di non facile distinzione rispetto ad altre situazioni aventi rilevanza normativa ma presupposti differenti[6].

Terza situazione dalla quale dipende una nuova, specifica opzione processuale è quella derivante dalla impossibilità di procedere alla notifica, personale, del provvedimento di fissazione dell'udienza preliminare, *ex* art. 420 *quater* c.p.p. (v. *infra*, § 5).

3. Ipotesi di celebrazione del processo *in absentia*.

Precisati questi tre ambiti di operatività della novella, occorre provare a ricostruire la rinnovata dinamica processuale in rapporto a ciascuno di essi, focalizzando preliminarmente l'attenzione sui casi in cui è contemplata la celebrazione del processo *in absentia*.

Con riguardo alle situazioni di certezza della conoscenza della *vocatio in ius*, il giudice procede in assenza. In particolare, quando vi sia stata l'espressa dichiarazione di disinteresse alla partecipazione – ipotesi già qualificata dal tutt'ora vigente art. 420 *quinquies* come «assenza» – tale esplicita volontà dell'imputato supera anche il limite dell'impedimento legittimo a comparire che risulterà, pertanto, condivisibilmente irrilevante. Quando invece, la certezza della conoscenza dell'atto derivi della notifica a mani proprie del destinatario, il giudice, prima di dichiarare l'assenza, dovrà comunque verificare la sussistenza di un eventuale impedimento legittimo. Per quanto attiene a queste due situazioni – come si preciserà meglio di seguito – nessun provvedimento restitutorio pare applicabile nell'ipotesi di successiva partecipazione dell'imputato al processo.

Anche in relazione alla seconda tipologia di situazioni, il nuovo assetto normativo indica la strada della celebrazione del processo *in absentia*, ma – in ragione del livello meno specifico di conoscenza riscontrata, che attesta solamente la consapevolezza del procedimento – si prevede un possibile rimedio, ampiamente restitutorio, per i casi in cui l'imputato originariamente non comparso dimostri l'assenza di colpa nella mancata conoscenza della celebrazione del processo, ovvero della citazione. Infatti, ai sensi del quarto comma del nuovo art. 420 *bis* c.p.p., se l'imputato compare nel corso dell'udienza preliminare, l'ordinanza che dispone di procedere in assenza (la quale, si precisa – co. 3 – è emessa anche quando l'imputato già comparso si allontani successivamente dall'aula di udienza), sarà revocata d'ufficio. Ove l'interessato sia in grado di dimostrare di non aver avuto colpa nella mancata conoscenza della celebrazione del processo, il giudice disporrà il rinvio dell'udienza stessa. Tale scenario, evidentemente, non potrà verificarsi in relazione alla prima delle tre diverse situazioni sopra illustrate, stante la logica incompatibilità tra il presupposto della notificazione a mani proprie del decreto di fissazione (oppure quello della espressa rinuncia a partecipare), e la necessaria dimostrazione di ignoranza dell'udienza, per di più incolpevole. Nelle situazioni del "secondo tipo", invece, il raggiungimento della prova richiesta innescherà, come anticipato, un rimedio restitutorio tale da permettere all'imputato l'istanza di acquisizione di atti e documenti, ai sensi dell'art. 421 co. 3 c.p.p. Con una scelta singolare – pur comprensibile in ragione della sistematicità che ispira l'intervento normativo – nello stesso quarto comma del nuovo art. 420 *bis* c.p.p. è anticipata anche la disciplina dibattimentale, relativa al caso che l'imputato assente all'udienza preliminare[7] compaia successivamente nel corso del giudizio di primo grado. In tale evenienza, l'imputato ha diritto di formulare richiesta di prove *ex* art. 493 (ovvero, par d'intendere, di ottenere l'ammissione tardiva di mezzi che avrebbe potuto, se informato, indicare nelle liste), oltre che di richiedere la rinnovazione di prove già assunte in precedenza, ferma restando la validità degli atti già compiuti. Allo stesso esito si giunge quando l'imputato possa dimostra-

[6] V. già, sui rapporti tra contumacia e latitanza, Colaiacovo, *Commento*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2014, 298 ss.

[7] E non costituitosi alla prima udienza dibattimentale, si suppone… a fronte di una laconica previsione normativa che recita soltanto «nel corso del giudizio di primo grado». Si può infatti ritenere che se l'imputato, assente in udienza preliminare, avesse notizia della data fissata per la prima udienza dibattimentale, intendendo costituirsi, sarebbe in grado, con buona probabilità, di depositare le liste *ex* art. 468 c.p.p.; in tal caso, la previsione della richiesta di prove *ex* art. 493 c.p.p. sarebbe priva di significato, essendo revocata l'ordinanza di assenza già con la verifica della regolare costituzione delle parti, con piena partecipazione dell'imputato all'attività probatoria. Rimangono dubbie le situazioni in cui l'assente abbia avuto conoscenza della prima udienza dibattimentale già oltre il termine dei sette giorni precedenti: proprio in questo caso, pur risultando presente alla verifica della regolare costituzione delle parti, l'imputato avrebbe necessità di accedere alla richiesta "tardiva" di prove, cui il legislatore sembra aver fatto richiamo attraverso il riferimento all'art. 493 c.p.p.

re, non già l'incolpevole ignoranza, bensì l'impossibilità assoluta di comparire per legittimo impedimento, caso fortuito o forza maggiore, la cui prova sia incolpevolmente pervenuta in ritardo (o, almeno non per colpa dell'imputato stesso).

Anche l'emergere postumo dei presupposti sospensivi, che sono analizzati nel § 5, comporta la revoca dell'ordinanza di procedere in assenza.

Non solo. Agganciando la previsione del nuovo art. 420 *bis* con quella del nuovo art. 489 c.p.p. (art. 10 del testo approvato) si evince che l'imputato, comparso nel giudizio di primo grado dopo essere stato dichiarato assente in udienza preliminare, una volta data prova delle suddette incolpevoli circostanze, potrà altresì ottenere la restituzione nel termine per chiedere un rito alternativo, *ex* artt. 438 o 444 c.p.p. (infatti, il richiamo inserito nel nuovo art. 489 co. 2, al nuovo art. 420 *bis* co. 4 c.p.p., fa sì che tutte le situazioni in quest'ultimo previste – ovvero la scusabile ignoranza del procedimento o lo scusabile ritardo nella comunicazione dell'impedimento assoluto – ricadano nell'alveo applicativo del recupero della richiesta di riti alternativi). Tale previsione – evidentemente ispirata all'intento di non frustrare le strategie difensive di colui che concretamente sia rimasto ignaro della celebrazione dell'udienza o, pur conoscendone la data, non abbia potuto, per un impedimento di natura legittima, prendervi parte – si ricollega a una più ampia "rete" di interventi di grande momento[8].

Cancellata, invero, la previsione della notifica dell'estratto contumaciale della sentenza, nonché la conseguente particolare disciplina del *dies a quo* per impugnare, l'art. 11 del testo approvato inserisce nell'art. 604 c.p.p. un nuovo comma 5 *bis* c.p.p., con il quale si sancisce la nullità della sentenza di primo grado che sia stata pronunciata: *a*) nonostante la sussistenza di un impedimento legittimo a comparire, *ex* art. 420 *ter* c.p.p.; *b*) quando l'imputato possa dimostrare l'incolpevole ignoranza del processo (denunciandola nell'atto di impugnazione o comparendo personalmente a una udienza del giudizio d'appello da altri instaurato, par d'intendere); *c*) quando invece si sarebbe dovuta disporre la sospensione del procedimento in forza del nuovo art. 420 *quater* c.p.p. Si tratta, a ben vedere, di situazioni che rientrano quantomeno nel vizio che l'art. 178 lett. *c* c.p.p. deriva dall'inosservanza delle norme sull'intervento dell'imputato, sottoposto a un regime di rilevabilità intermedio[9]. In tali casi, il giudice d'appello annulla e trasmette gli atti al giudice del primo grado, il quale – se ben si è ricostruito – applica l'art. 489 co. 2, ovvero consente all'imputato, in ragione dei motivi che hanno determinato l'annullamento della sentenza, tra l'altro, di optare per uno dei due riti alternativi a scelta (anche) dell'imputato.

Del pari, la prevista interpolazione dell'art. 623 co. 1 c.p.p. determina che la Corte di cassazione, nel pronunciare la nullità della sentenza di condanna *ex* art. 604 c.p.p.[10], ora anche in forza del nuovo comma 5 *bis*, dovrà restituire gli atti al giudice di primo grado. L'inserimento delle nuove previsioni nel "collaudato" equilibrio tra gli artt. 604-623 c.p.p. potrebbe rendere necessarie alcune considerazioni sotto il profilo dell'interesse a impugnare. Posto che l'art. 604 c.p.p., così come interpolato, prevede la nullità di ogni sentenza di primo grado, pronunciata in assenza ma sulla base di erronei presupposti, l'art. 623 lett. *b* c.p.p., invece, continua a far riferimento, per ragioni evidenti, alla sola sentenza di condanna che debba essere annullata *ex* art. 522 c.p.p., per violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza, che si verifica, infatti, soltanto nei casi in cui l'imputato sia stato *condannato* per un fatto diverso (*lato sensu* inteso). L'ampliamento delle ipotesi di declaratoria di nullità, anche ai casi ora contemplati

[8] Risultano altresì modificati: l'art. 490 c.p.p., in materia di accompagnamento coattivo dell'imputato assente (ove sibillinamente si prevede che «le parole "o contumace", ovunque ricorrano, sono soppresse», sebbene nel testo di quella disposizione compaiono una sola volta); l'art. 513 co. 1 c.p.p., in tema di lettura dei verbali delle dichiarazioni rese durante le indagini preliminari dall'imputato assente; l'art. 520 in materia di notifica delle modificazioni dell'imputazione all'imputato assente, dai quali, appunto, è stato cancellato ogni riferimento al contumace. Tuttavia, alcuni riferimenti al contumace sono rimasti, qua e là, all'interno di altre disposizioni del codice, come, ad esempio, nell'art. 429 co. 4 c.p.p., in relazione alla notifica del decreto che dispone il giudizio all'imputato contumace o assente alla lettura. Parrebbe opportuno, in ragione di un criterio *in primis* sistematico, ma anche logico, ritenere che ove permanga accidentalmente un richiamo al contumace, questo possa considerarsi riferito all'assente. Non solo, infatti, la prima figura è stata soppressa, ma – al di là delle peculiarità legate alla notifica delle eventuali modifiche all'imputazione e dell'avviso di deposito della motivazione, unito all'estratto contumaciale – il regime processuale oggi previsto per l'assente non risulta particolarmente difforme da quello già previsto per il contumace.

[9] Pare difficile immaginare che, anche laddove l'imputato comparso dia prova dell'incolpevole mancata conoscenza dell'atto di *vocatio in ius*, possa ritenersi *tout court* «omessa» la citazione dell'imputato, come previsto dall'art. 179 c.p.p.

[10] Come ipotizzato da Negri, *sub art. 1* , cit., 279.

nei commi 4[11] e 5 *bis* dell'art. 604 c.p.p. non è stato seguito dall'elisione del riferimento alla sola sentenza di condanna. Si deve, però, notare come l'interesse dell'imputato già dichiarato assente a lamentare la nullità sussista anche rispetto a una sentenza proscioglitiva, considerato che si tratta di decisione emessa a seguito di un procedimento nel quale l'imputato *non ha potuto partecipare*, senza propria colpa. In questo caso, non può in radice escludersi che l'imputato assente possa avere interesse a eccepire il vizio della sentenza proscioglitiva per ottenere la trasmissione degli atti al giudice di primo grado, con l'intento di partecipare personalmente alla nuova celebrazione di un processo che potrebbe portare a un esito liberatorio migliore, grazie all'apporto personale dell'interessato[12].

Ne consegue un quadro articolato che si può così tentare di riassumere. L'emergere postumo di una causa assolutamente impeditiva della partecipazione al processo – determinata da impedimento legittimo, effettiva ignoranza o impossibilità di compiere la notifica *ex* art. 420 *quater* c.p.p. – comporta, in primo grado, la possibilità di richiedere prove *ex* art. 493 c.p.p., di ottenere la rinnovazione di quelle già assunte, oppure, di optare per una strategia radicalmente opposta, rappresentata da uno dei riti deflativi offerti all'imputato. Quando sia già stata pronunciata sentenza, la predetta circostanza impeditiva ne determinerà la nullità che, rilevata dal giudice d'appello o dalla Corte di cassazione, comporterà la trasmissione degli atti al giudice di primo grado, davanti al quale, in forza del rinvio contenuto nel nuovo comma 5 *bis* dell'art. 604, l'imputato rimasto non colpevolmente assente nel processo, potrà recuperare anche la facoltà di scelta di un rito premiale[13].

Abbandonata l'insoddisfacente soluzione della tradizionale (seppur emendata nel 2005) restituzione nel termine per impugnare la sentenza contumaciale[14], l'attuale quadro si prospetta come fortemente innovativo, improntato al pieno recupero delle *chances* processuali dell'imputato, incolpevolmente sfumate, con la sola perdita dell'udienza preliminare, di cui, tuttavia, si recupera uno snodo fondamentale per gli interessi difensivi, ovvero la facoltà di scelta di un procedimento speciale.

4. Eclatanti novità in tema di impugnazioni.

Tale innovativa impostazione emerge in misura massima dall'art. 11 del testo di legge approvato, ove, sotto la rubrica *Disposizioni in materia di impugnazioni e di restituzione nel termine*, è stata introdotta una nuova disposizione, l'art. 625 *ter* c.p.p., recante l'inedito istituto della rescissione del giudicato.

Coloro che siano stati condannati e/o sottoposti a misura di sicurezza con sentenza passata in giudicato e pronunciata all'esito del processo integralmente celebratosi in assenza, possono chiedere la rescissione del giudicato. Senza scendere qui in considerazioni sulla scelta lessicale di un termine del tutto estraneo alla "toponomastica" processuale penale e dal netto sapore contrattualistico, preme innanzitutto sottolineare come nella relazione di accompagnamento al testo poi approvato, si affermi che sul medesimo istituto «si potranno poi innestare anche i […] casi di processo dichiarato ingiusto dalla Corte europea dei diritti umani».

Al momento, comunque, la rescissione permette all'interessato, che abbia avuto conoscenza del processo soltanto dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna o applicativa di misura di sicurezza, di richiedere alla Corte di cassazione di «rescindere il giudicato» – ovvero di *revocare* la sentenza, come emerge dal terzo comma della nuova disposizione – provando che la propria assenza sia dovuta a una incolpevole ignoranza del processo. Dalla laconica

[11] Di non facile coordinamento risulta anche l'aggiunto richiamo all'art. 604 co. 4 c.p.p., in forza del quale, il rinnovato art. 623 lett. *b* c.p.p. ora prevede che, in caso di annullamento della sentenza di condanna per i vizi colà previsti, gli atti siano trasmessi al giudice di primo grado. Il dubbio, infatti, permane circa le ipotesi – ivi elencate – di nullità del provvedimento che dispone il giudizio, *lato sensu* inteso (nelle forme, quindi, del decreto che dispone il giudizio, emesso dal g.u.p., della citazione a giudizio direttissimo, formulata dal p.m., così come, del resto, la citazione a giudizio *ex* art. 552 c.p.p., o ancora la citazione a giudizio immediato e al giudizio conseguente l'opposizione al decreto penale di condanna, emanate dal g.i.p.), che, se rilevate dalla Corte di cassazione, sembrerebbero comunque comportare la trasmissione degli atti al giudice di primo grado.

[12] Cfr. Carnevale, *L'interesse a impugnare nel processo penale*, Torino, 2012, 180 ss.

[13] Cfr. Ubertis, *Come rendere giusto il processo senza imputato*, in *Leg. Pen.*, 2004, 610.

[14] Con riferimento alla disciplina introdotta dal d.l. 17/2005, v. tra gli altri, v. Mangiaracina, *Garanzie partecipative e giudizio* in absentia, Torino, 2010, 323 ss.; Ubertis, *L'adeguamento italiano alle condanne europee per violazione dell'equità processuale*, in AA.VV., *Giurisprudenza europea e processo penale italiano,* a cura di Balsamo e Kostoris, Torino, 2008, 109.

disciplina delineata dal nuovo art. 625 *ter* c.p.p. emerge come la richiesta debba essere depositata nella cancelleria del giudice che ha pronunciato il provvedimento divenuto irrevocabile – secondo il dettato generale dell'art. 582 c.p.p. – personalmente dall'interessato o da difensore munito di procura speciale autenticata secondo le forme dell'art. 583 (e quindi anche dal difensore stesso, come del resto l'art. 122 c.p.p. stabilisce in via generale per ogni caso di procura speciale rilasciata al medesimo), entro trenta giorni dalla conoscenza del procedimento[15]. In caso di accoglimento, come accennato, la Corte di cassazione dispone la revoca della sentenza e la trasmissione degli atti al giudice di primo grado, con specifica previsione di applicabilità del rinnovato art. 489 co. 2 c.p.p., che consente all'imputato (qualità nel frattempo riacquistata dal condannato, sebbene l'art. 60 co. 3 non sia stato modificato dal legislatore), di richiedere un rito alternativo. Nell'assoluta novità dell'istituto, il richiamo più immediato appare rappresentato dall'unico altro caso di revoca della sentenza passata in giudicato, contemplato dall'art. 673 c.p.p., il quale, tuttavia, non può che costituire una matrice lacunosa, stante la peculiare finalità della rescissione che travolge il giudicato ai fini della nuova celebrazione del processo[16].

Sempre rispetto al termine "mensile", si può osservare come esso riprenda la previsione temporale del già rinnovato art. 175 co. 2 c.p.p., il quale, evidentemente, è stato sostituito proprio in ragione dell'introduzione del nuovo mezzo di impugnazione straordinaria, che porta alla revoca della sentenza *in absentia* passata in giudicato, pur nell'inconsapevolezza scusabile dell'interessato. Venuta meno ogni rilevanza in relazione a quest'ultima, la restituzione nel termine per impugnare risulta confinata, secondo il testo sostituito dall'art. 11 co. 6 della legge approvata, alle ipotesi di decreto penale di condanna divenuto esecutivo, quando il condannato non ne abbia avuto effettiva e tempestiva conoscenza, salva l'ipotesi di espressa rinuncia all'opposizione. Dal tenore letterale del nuovo testo dell'art. 175 co. 2 c.p.p., però, sembra comunque mutato, ancora una volta, il regime probatorio sotteso alla restituzione nel termine. Se è vero che il testo introdotto nel 2005 aveva trasformato la restituzione in un diritto del condannato, gravando l'autorità giudiziaria dell'onere di dimostrare, *a contrario*, l'effettiva conoscenza del procedimento o la volontaria rinuncia a impugnare da parte dell'istante, l'attuale formulazione sembra spostare nuovamente il baricentro decisorio. L'accertamento torna a riguardare la mancanza di effettiva conoscenza da parte dell'interessato e, pertanto, sembra gravare nuovamente il medesimo dell'*onus probandi*, stante la scarsa effettività di uno schema che vedesse il giudice investito di un'indagine riguardante non già la prova della notorietà del procedimento, bensì dell'effettivo stato di ignoranza in cui versava il condannato con decreto penale.

Caduta la rilevanza dell'istituto della restituzione nel termine per impugnare la sentenza contumaciale, è stato altresì cancellato il quarto comma dell'art. 603 c.p.p., ove si regolava – pur con qualche rilevante stonatura – la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello a seguito del comparire dell'imputato precedentemente contumace. Si ricorderà come la mancata interpolazione di tale previsione, in occasione della trasformazione della restituzione nel termine *ex* art. 175 co. 2 c.p.p. in un tendenziale diritto del contumace che lamentasse la mancata conoscenza del procedimento (d.l. 17/2005), abbia determinato una vera e propria asimmetria capace di depotenziare significativamente la portata di tale novella, mortificata dalla perdurante necessità che l'imputato dimostrasse, ai fini del compimento di attività probatoria, l'assenza di propria colpa nella mancata conoscenza del provvedimento di *vocatio in ius* o nella impossibilità di partecipare all'udienza[17].

[15] Forse sarebbe stato più agevole, ai fini del computo del termine di trenta giorni, individuare come fenomeno rilevante per il *dies a quo* la conoscenza del provvedimento irrevocabile di condanna o di applicazione della misura di sicurezza, piuttosto che del procedimento, posto che la conoscenza del secondo parrebbe derivare, in queste situazioni, necessariamente dalla conoscenza del primo.

[16] Proprio sotto questo profilo si può cogliere l'opportunità, appena accennata nella relazione di accompagnamento, che il nuovo 625 *ter* c.p.p. sia nel futuro prossimo interpolato ai fini di una razionale disciplina delle conseguenze delle declaratorie di violazione, soprattutto dell'art. 6 CEDU, da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo. Posto che, allo scopo, si rende necessario un intervento normativo, il nuovo istituto sembra comunque offrire potenzialità ben più armoniose rispetto a quelle mostrate dall'art. 630 c.p.p., pur adottato dalla Corte costituzionale, nella nota sentenza 113/2011, come paradigma per un primo, improcrastinabile, intervento pretorio di adeguamento agli obblighi convenzionali di esecuzione delle sentenze di Strasburgo.

[17] Cfr. Negri, *sub art. 1*, cit., 278 s.

5. La sospensione del procedimento nei confronti dell'imputato irreperibile.

Scenario completamente diverso è quello sotteso al nuovo art. 420 *quater* c.p.p. Come già anticipato, il fenomeno che viene qui in rilevo riguarda le situazioni in cui v'è tendenziale certezza della mancata conoscenza del procedimento e, più specificamente, dell'atto di *vocatio in ius* da parte dell'imputato, in ragione dell'impossibilità concreta di notificargliela.

Rilevata una certa scarsità di fantasia del legislatore – che nella rubrica del nuovo art. 420 *quater* ha voluto ancora una volta usare il termine «assenza», sebbene ne possa derivare una comprensibile confusione tra situazioni che, invece, si intendono nettamente distinguere – il testo introduce una forma di sospensione del processo[18]. Nelle ipotesi ivi contemplate, dunque, diversamente da quelle in cui il processo si celebra «in assenza», appunto, dell'imputato, il corso del procedimento si arresta, con quiescenza dell'attività giudiziaria. Esclusa, infatti, la ricorrenza di una delle situazioni di impedimento legittimo di cui all'art. 420 *ter* o del nuovo art. 420 *bis* c.p.p. – di assenza, appunto – la mancata partecipazione dell'imputato all'udienza preliminare, fuori dai casi di nullità della notifica del decreto di fissazione, comporta il rinvio dell'udienza e la notificazione personale all'imputato, a mezzo della polizia giudiziaria, della fissazione della nuova udienza. Se detta notifica «non risulta possibile», il giudice dispone la sospensione del processo, salvo debba pronunciare una sentenza di proscioglimento *ex* art. 129 c.p.p. Senza che il legislatore vi abbia espressamente fatto riferimento (se non laconicamente nel titolo del testo di legge approvato), la ragione sottesa alla descritta situazione sembra essere la non reperibilità dell'imputato[19], dalla quale discende la nuova ipotesi di stasi processuale, evidentemente modellata – come già suggerito in dottrina e da una, pur respinta, questione di legittimità costituzionale[20] – sulla scorta di certe soluzioni straniere[21], nonchè della sospensione per incapacità dell'imputato di partecipare coscientemente al processo *ex* artt. 70 ss.[22]. All'ordinanza di sospensione consegue la separazione della *regiudicanda* quando il procedimento possa, invece, fruttuosamente proseguire nei confronti di altri coimputati (art. 18 co. 1 lett. *b* c.p.p.), nonché l'"impermeabilità" dell'eventuale azione civile risarcitoria, esercitata in sede propria dopo la sospensione del processo penale, rispetto alle sorti di quest'ultimo.

La sospensione del processo comporta, in forza della previsione dell'art. 12 del testo approvato, anche la sospensione del termine prescrizionale[23], a seguito dell'interpolazione dell'art. 159 co. 1 e co. 3 c.p., nel quale oggi, come si avrà modo di sottolineare ancora, si statuisce che in caso di sospensione del processo *ex* art. 420 *quater* c.p.p. la durata della sospensione della prescrizione non può superare i limiti previsti dal secondo comma dell'art. 161 *bis* c.p.

Durante la sospensione del processo, il giudice per le indagini preliminari (tendenzialmente) acquisisce le prove non rinviabili, richieste dalle parti, con le modalità del dibattimento[24].

Al più tardi ad ogni scadenza annuale dall'ordinanza di sospensione, il giudice dispone nuove ricerche dell'imputato ai fini della notifica dell'avviso. La previsione, non molto chiara, pare doversi leggere nel senso che, prima di procedere alla fissazione, con decreto, di una nuova udienza preliminare, il giudice disponga ricerche dell'imputato, provvedendo alla fissazione dell'udienza soltanto nelle ipotesi in cui le predette ricerche abbiano portato a individuare un indirizzo ove effettuare personalmente la notifica dell'eventuale decreto di fissazione dell'udienza. Infatti, secondo il rinnovato testo dell'art. 420 *quinquies*, la revoca dell'ordinanza di sospensione – che conseguirà, appunto, all'esito positivo delle ricerche, all'avvenuta nomina di un difensore di fiducia da parte dell'imputato, o alla necessità di pronunciare proscioglimento

[18] Si segnala come, invece, la rubrica del Capo III del testo in esame faccia riferimento alla sospensione del «procedimento».

[19] Intesa in senso a-tecnico, poiché riferita anche a situazioni in cui l'indagato non è stato oggetto di un decreto di irreperibilità, avendo ricevuto le notificazioni *ex* art. 161 c.p.p.

[20] Trib. Pinerolo, ord. 31 gennaio 2006 (in *Cass. Pen.*, 2006, 2945 ss.), decisa da C. cost. 117/2007.

[21] Cfr. Chiavario, *Premessa. D.l. 18 febbraio 2005 n. 17*, in *Leg. Pen.*, 2005, 258 s.

[22] Segnalava già Caprioli *"Giusto processo" e rito degli irreperibili*, in *Leg. Pen.*, 2004, 590 ss. come la scelta di non celebrare il processo a carico dell'irreperibile sembrasse l'unica in grado di garantire il pieno rispetto del principio del contraddittorio, sottolineando, però l'opportunità di anticipare il provvedimento sospensivo a un momento anteriore all'esercizio dell'azione penale, quando, come spesso accade, la condizione di irreperibilità dell'interessato sia già nota all'autorità procedente.

[23] Cfr. Chiavario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, V ed., Torino, 2012, 193 s.

[24] Auspicio già formulato da coloro che, in dottrina, avevano da tempo suggerito radicali riforme della disciplina contumaciale: cfr. tra gli altri, Chiavario, *Premessa*, cit. 259; Ubertis, *Come rendere giusto*, cit., 609.

immediato *ex* art 129 – sarà seguita, nei primi due casi, dalla fissazione della nuova udienza e correlata notifica all'imputato, al suo difensore, alla persona offesa, nonché comunicazione al p.m. Nel testo si precisa, *ad abundantiam*, che all'udienza fissata l'imputato potrà formulare richiesta di un rito alternativo: in questo caso, invero, deve intendersi mai valicato il limite originario per la richiesta di rito abbreviato o di applicazione della pena, non essendo stata celebrata l'udienza preliminare.

Sebbene il meccanismo sospensivo che ha ispirato il legislatore sia quello già adottato per l'imputato incapace, la schiera degli "eterni giudicabili" – la cui condizione è stata più volte oggetto, in questi anni, dell'attenzione della Corte costituzionale[25] – non dovrebbe risultarne ingrossata, dato il particolare meccanismo, collegato, di sospensione del termine prescrizionale, che non può comunque superare i tetti massimi già indicati dal secondo comma dell'art. 161 c.p. Certo, questo dato concorre con il rilievo che lo *status* di irreperibilità, che oggi dà comunque luogo alla celebrazione del processo e, spesso, alla condanna dell'imputato, determinerà in futuro, invece, un probabile esito proscioglitivo, poiché la sospensione del processo non sarà, se non per un limitato periodo, agganciata a quella della prescrizione, permettendo a coloro che si fossero resi volontariamente irreperibili e avessero la pazienza di rimanere in tale condizione per un certo lasso di tempo, di lucrare l'estinzione del reato. Naturalmente non è possibile in questa sede scendere in considerazioni più approfondite, ma c'è da osservare che, quantomeno sul piano delle conseguenze concrete, i due esiti, pur opposti, potrebbero non distaccarsi significativamente, rischiando, la sentenza di condanna pronunciata nei confronti dell'imputato irreperibile di non poter essere mai eseguita, nemmeno per quanto attiene alle statuizioni civilistiche, che in caso di sospensione potranno comunque essere perseguite attraverso il separato esercizio dell'azione risarcitoria in sede propria.

6. Ipotesi di applicazione intertemporale.

Ciò che manca del tutto nel testo recentemente approvato è una normativa transitoria, che ne avrebbe certamente agevolato l'entrata in vigore. Non rimane, dunque, che affidarsi alla disciplina generale, partendo, come sempre, dall'unico dato precettivo rappresentato dal canone dell'art. 11 co. 1 delle preleggi, *tempus regit actum*. Ma il primo problema è rappresentato da quale sia l'*actus* qui in rilievo. Se deve convenirsi che esso non può essere rappresentato dalla fase processuale nel suo complesso[26] – in questo caso, l'udienza preliminare – occorre individuare un diverso accadimento processuale da rapportare nel tempo. Nel caso di specie, quindi, l'atto rilevante sembrerebbe essere rappresentato dalla verifica della regolare costituzione delle parti nell'udienza preliminare e negli atti introduttivi del dibattimento. Pertanto, con l'entrata in vigore della nuova disciplina, al momento della verifica della regolare costituzione delle parti (sebbene né l'art. 420 né l'art. 484 c.p.p. siano stati modificati), il giudice, dell'udienza preliminare e del dibattimento, dovrà applicare le nuove disposizioni. Rilevata cioè la non presenza dell'imputato, dovrà procedere secondo il triplice schema che è stato sopra rappresentato. Ciò che pare di difficile inquadramento – in questa prima fase del ragionamento – è come debba applicarsi la disciplina del nuovo art. 420 *quater* in relazione alle ipotesi, assai frequenti, in cui l'irreperibilità dell'imputato sia già nota. Infatti, trattandosi di procedimenti che passano attraverso l'udienza preliminare, l'autorità giudiziaria avrà certamente già emesso il decreto di irreperibilità, a seguito delle "vane ricerche" effettuate, quantomeno, al momento della notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari *ex* art. 415 *bis* c.p.p.[27]. In tali situazioni, la notifica della fissazione dell'udienza preliminare sarà già effettuata presso il difensore, verosimilmente d'ufficio, che rappresenta l'irreperibile. Pertanto, all'apertura dell'udienza preliminare si verificherà la perfezione della notifica effettuata presso il difensore, ma occorrerà comunque, a fronte della mancata costituzione dell'imputato e di altri indici che ne connotino l'assenza o l'impedimento assoluto, procedere al rinvio dell'udienza per effettuare il tentativo di notifica a mani proprie da parte della polizia giudiziaria. Permane il dubbio circa il luogo

[25] C. cost. ord. 289/2011, in *CP* 2011, 949; C. cost. 23/2013, in *Cass. Pen.*, 2013, con nota di Scomparin, *Prescrizione del reato e capacità di partecipare coscientemente al processo: nuovamente* sub iudice *la disciplina degli "eterni giudicabili"*.
[26] Mazza, *La norma processuale penale nel tempo*, Milano, 1999, 119 ss.
[27] Cfr. Caprioli, *"Giusto processo"*, cit., 593.

in cui, stante la sussistenza del decreto di irreperibilità, debba essere effettuato tale tentativo, mentre la nuova ricerca disposta allo scadere di ogni anno dalla pronuncia dell'ordinanza di sospensione (nuovo art. 420 *quiniquies*) dovrebbe essere ragionevolmente effettuata nei luoghi indicati nell'art. 159 c.p.p., sebbene il decreto di irreperibilità emesso durante le indagini preliminari potrebbe considerarsi ancora efficace, non essendo mai intervenuto il provvedimento che definisce l'udienza preliminare, ai sensi dell'art. 160 co. 1 c.p.p.

Se l'individuazione dell'*actus* per il cui compimento è rilevante la successione di leggi nel tempo è corretta, si dovrebbe ritenere che in tutti i procedimenti in cui la verifica della regolare costituzione delle parti in udienza preliminare e in dibattimento sia già stata svolta, l'ordinanza contumaciale dovrebbe conservare efficacia, secondo le previgenti regole. Del resto, la condizione processuale del "nuovo assente", rappresentato dal difensore, non si discosta, se non per gli interventi "collaterali" sugli artt. 490, 513, 520 e 548 c.p.p. da quella del contumace. Diversi sono gli effetti del successivo comparire dell'imputato già dichiarato assente, i quali seguiranno, evidentemente, la nuova disciplina entrata in vigore.

Una questione di non facile soluzione, però, si prospetta con riguardo alle situazioni di sovrapposizione tra dichiarazione di irreperibilità e contumacia. Stante la formale correttezza della notifica effettuata *ex* art. 159 c.p.p. al difensore, l'imputato irreperibile è oggi dichiarato contumace all'apertura dell'udienza preliminare. Che cosa accadrà in tutti i procedimenti in cui è pendente l'udienza preliminare, la verifica della regolare costituzione è già stata effettuata e l'imputato irreperibile è già stato dichiarato contumace? Secondo la disciplina emendata, il processo dovrebbe proseguire, quantomeno fino alla successiva verifica sulla costituzione delle parti in dibattimento. Secondo la nuova disciplina, invece, il processo dovrebbe essere sospeso, con successiva ricerca a cadenze annuali dell'imputato. La maggior garanzia per l'imputato e l'interesse dell'ordinamento a non compiere vanamente attività giudiziale in un procedimento che dovrà poi comunque essere sospeso, potrebbero considerarsi indici tali da far deporre per un'anticipata applicazione dell'art. 420 *quater* c.p.p.[28].

Certo, l'impatto di una tale lettura risulta particolarmente eclatante quando si sposti l'attenzione sulle ipotesi dibattimentali, in cui, effettuata la verifica della regolare costituzione delle parti e rinnovata, secondo la previgente regola, la dichiarazione di contumacia dell'irreperibile, il giudizio stia seguendo il suo corso al momento dell'entrata in vigore della legge in esame. Applicando l'interpretazione proposta, tutti i procedimenti interessati dovrebbero essere sospesi, secondo la regola del nuovo art. 420 *quater* c.p.p. Naturalmente, occorrerebbe un'attenta disamina dei singoli fascicoli, poiché la sussistenza di uno dei casi indicati dall'art. 420 *bis* c.p.p. – come l'essersi resi irreperibili dopo aver subìto una misura precautelare o cautelare, oppure come l'aver nominato un difensore di fiducia (considerato che peraltro, tale ipotesi va coordinata con quell'art. 157 co. 8 *bis* c.p.p., la quale tende di per sé a ridurre sensibilmente l'area della irreperibilità) – escluderebbe *per tabulas* l'ipotesi sospensiva.

7. Scenari per un nuovo contenzioso "convenzionale"?

In conclusione non si può non osservare che la novella in commento, auspicata e auspicabile, rischia, tuttavia, di riaprire un contenzioso in materia di procedimento senza imputato proprio davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Se è vero che tutto il testo, come sottolinea la relazione, è stato elaborato e perfezionato nell'ottica di razionalizzare una materia delicata, alla luce delle indicazioni fondamenti pervenute nel tempo dai giudici di Strasburgo, il ritorno ad un regime in cui i rimedi restitutori a disposizione dell'imputato erroneamente considerato assente sono assoggettati al previo soddisfacimento di un onere probatorio gravante proprio su quest'ultimo, può riaprire uno spazio di possibile incidenza del doppio canone di legittimità del processo *in absentia*, nel tempo elaborata dalla Corte europea. Certezza della conoscenza del procedimento e inequivocabile volontarietà della rinuncia al diritto di partecipazione al processo sono i due canoni ai quali la consolidata giurisprudenza europea ha subordinato la compatibilità del giudizio senza impu-

[28] In questo senso, con riferimento specifico all'avvicendamento intertemporale di discipline probatorie, v. l'approfondita analisi di Galgani, *Diritto probatorio e successioni di leggi nel tempo*, Torino, 2012, in part. 163 ss.

tato con il sistema convenzionale[29].

Pertanto, a fronte degli indici adottati dal legislatore come elementi di conoscenza del procedimento tali da legittimare l'ordinanza di procedere in assenza *ex* art. 420 *bis* c.p.p. (la nomina del difensore, l'elezione o la dichiarazione di domicilio, l'avvenuto arresto o fermo, l'applicazione di una misura cautelare, gli altri elementi che dimostrino con certezza la conoscenza o la volontà di sottrarsi ad essa…), grande rilevo riacquisterà la giurisprudenza che verrà a consolidarsi in tema di incolpevole mancata conoscenza del procedimento celebratosi in assenza, con il rischio che la fissazione di uno *standard* probatorio troppo elevato in capo all'imputato che si pretende incolpevolmente assente, finisca per frustrare totalmente il pur ampio ventaglio di conseguenze restitutorie approntate *ex novo* dal Parlamento. E' già successo in passato che la Corte europea abbia considerato il meccanismo restitutorio interno inefficace per via dell'eccessiva rigidità dell'onere probatorio incombente sull'imputato[30].

Certamente quella pregressa esperienza – intervallata da un periodo (dal 2005 ad oggi) in cui, addirittura, il meccanismo restitutorio è stato trasformato in un diritto dell'assente, con rovesciamento dell'onere probatorio sul giudice e conseguente "annullamento" del contenzioso europeo – saprà suggerire alla giurisprudenza un atteggiamento ragionevole, per scongiurare il paradosso di trasformare la prima profonda riforma del procedimento *in absentia*, davvero elaborata nella consapevolezza dei principi convenzionali, in una nuova fonte di contenzioso europeo.

[29] V. Mangiaracina, *Garanzie partecipative*, cit., 22 ss.
[30] Cfr., volendo, Quattrocolo, *Contumacia*, in *ED, Annali* II, I, Milano, 2008, 154 s.

L'obiettivo su...

108 **Note sul dolo nei reati omissivi propri, con particolare riguardo al reato di omissione di soccorso**
Fabio Basile

117 **Recenti orientamenti sul lavoro di pubblica utilità**
Antonia Menghini e Elena Mattevi

129 **Repressione penale della tortura e Costituzione: anatomia di un reato che non c'è**
Andrea Pugiotto

153 **Gli effetti della cancellazione della società dal registro delle imprese sulla responsabilità "da reato" dell'ente**
Gaspare Jucan Sicignano

167 **L'adeguamento del sistema penale italiano al "diritto europeo" tra giurisdizione ordinaria e costituzionale**
Francesco Viganò

NOTE SUL DOLO NEI REATI OMISSIVI PROPRI, CON PARTICOLARE RIGUARDO AL REATO DI OMISSIONE DI SOCCORSO*

Fabio Basile

Abstract

Le peculiarità che i reati omissivi propri presentano a livello di fatto tipico – rilevanza di un mero '*non fare*' ciò che, in presenza di determinati presupposti, è '*doveroso fare*' – si riflettono necessariamente anche sulla struttura del loro dolo. In alcune ipotesi (si tratta dei c.d. reati omissivi propri a situazione tipica neutra) ciò rischia di creare un *cortocircuito tra dolo e conoscenza della legge penale*, giacché sembrerebbe che, di fatto, l'unica possibilità per il soggetto agente (rectius, omittente) di conoscere l'azione doverosa sia offerta dalla previa conoscenza della stessa norma incriminatrice. Tali considerazioni vengono sviluppate nel presente testo sulla scorta dell'analisi di una 'classica' figura di reato omissivo proprio (assai frequentata nei manuali, ma pressoché assente dai repertori giurisprudenziali): l'omissione di soccorso.

Sommario 1. Premessa e dedica. – 2. La struttura del dolo nei reati omissivi propri. La distinzione tra reati omissivi propri "a situazione tipica neutra" e "a situazione tipica pregnante". – 3. La struttura del dolo nel reato di omissione di soccorso. – 3.1. L'aspetto conoscitivo del dolo di omissione di soccorso: a) la conoscenza della situazione tipica. – 3.2. Ancora sull'aspetto conoscitivo del dolo di omissione di soccorso: b) la consapevolezza di omettere l'azione doverosa. – 3.3 L'aspetto volitivo del dolo di omissione di soccorso: la volontà di omettere l'azione doverosa. – 4. Chiusa: due indicazioni per l'interprete.

* Una diversa versione di questo scritto è in corso di pubblicazione in Controversas criminais. Estudos de Direito penal, Processo penal e Criminologia, Livro em homenagem ao Professor Doutor Eugenio Raúl Zaffaroni, a cura di D. A. BAYER.

1. Premessa e dedica.

All'interno del ponderoso Manuale del prof. Zaffaroni – un manuale che, grazie all'ampiezza delle tematiche trattate, al grado di approfondimento della loro analisi e alla capacità del suo Autore di illustrarle alla luce delle più autorevoli elaborazioni della dottrina latinoamericana ed europeo-continentale, è spesso oggetto di studio e consultazione anche in Italia – un denso capitolo è dedicato ai reati omissivi[1]; ed all'interno di tale capitolo particolare attenzione è rivolta all'analisi del "*dolo en la omisión*"[2].

Di detta tematica nelle pagine seguenti, che siamo onorati e grati di poter dedicare al prof. Zaffaroni, desideriamo affrontare un aspetto specifico: *il dolo nei reati omissivi propri*; e condurremo la nostra indagine con particolare riguardo a quella figura di reato che è considerata, in Italia e altrove, l'esempio paradigmatico di tale categoria delittuosa: *il reato di omissione di soccorso*[3].

Detto reato si presta, peraltro, a costituire un ottimo terreno di confronto tra la dottrina italiana e la dottrina argentina sul tema del dolo nei reati omissivi propri, dal momento che i rispettivi codici non solo hanno entrambi compiuto la scelta di incriminare l'omissione di soccorso[4], ma prevedono tale reato in termini tra loro ampiamente simili (pur con qualche differenza non marginale).

L'*art. 108 del c.p. argentino* dispone, infatti, quanto segue: "será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos, el que encontrando perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o inválida o amenazada de un peligro cualquiera, omitiere prestarle el auxilio necesario, cuando pudiere hacerlo sin riesgo personal o no diere aviso inmediatamente a la autoridad".

Da parte sua, *l'art. 593, commi 1 e 2, del c.p. italiano* così dispone: "Chiunque, trovando abbandonato o smarrito un fanciullo minore degli anni dieci, o un'altra persona incapace di provvedere a sé stessa, per malattia di mente o di corpo, per vecchiaia o per altra causa, omette di darne immediato avviso all'Autorità, è punito con la reclusione fino ad un anno o con la multa fino a duemila e cinquecento euro.

Alla stessa pena soggiace chi, trovando un corpo umano che sia o sembri inanimato, ovvero una persona ferita o altrimenti in pericolo, omette di prestare l'assistenza occorrente o di darne immediato avviso all'Autorità"[5].

2. La struttura del dolo nei reati omissivi propri. La distinzione tra reati omissivi propri "a situazione tipica neutra" e "a situazione tipica pregnante".

1. Le peculiarità che i reati omissivi propri presentano a livello di fatto tipico – rilevanza di un mero '*non fare*' ciò che, in presenza di determinati presupposti, è '*doveroso fare*' – si riflettono necessariamente anche sulla struttura del dolo[6].

[1] Zaffaroni-Alagia-Slokar, *Derecho penal - Parte General*, Buenos Aires (qui di seguito citato nell'edizione del 2000), p. 540-557.
[2] Zaffaroni-Alagia-Slokar, *op. cit.*, p. 555-557.
[3] Menzionano il reato di omissione di soccorso come esempio "*de los usualmente llamados propios delitos de omisión*", Zaffaroni-Alagia-Slokar, *op. cit.*, p. 547; analogamente, nella dottrina italiana, v., *ex pluris*, Marinucci-Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, IV ed., Milano, 2012, p. 198; Fiandaca-Musco, *Diritto penale. Parte generale*, VI ed., p. 587 s. Per l'analisi di ulteriori profili del reato di omissione di soccorso, diversi da quelli dell'elemento soggettivo, sia consentito rinviare a Basile, *Su alcune questioni controverse intorno all'omissione di soccorso (art. 593 c.p.) - Un reato in cerca d'autore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2013, p. 643 ss.
[4] L'omissione di soccorso – contrariamente a quanto a tutta prima il lettore argentino o italiano potrebbe ritenere – non è uno di quei reati, come l'omicidio o il furto, 'universalmente' previsti in tutte le legislazioni di ogni tempo e di ogni luogo, giacché – sia in prospettiva 'storica' che in prospettiva 'geografica' – esistono ordinamenti che non puniscono l'omissione di un generale dovere di soccorso: sul punto, v. l'ampia (sia pur non aggiornatissima) indagine di Cadoppi, *Il reato omissivo proprio*, Padova, 1988, p. 1061 ss.
[5] L'art. 593 del c.p. italiano prevede anche un terzo comma, che non trova un immediato corrispondente nella legislazione argentina: "se da siffatta condotta del colpevole deriva una lesione personale, la pena è aumentata; se ne deriva la morte, la pena è raddoppiata".
[6] In tal senso, v. ad es., nella dottrina latinoamericana, Zaffaroni-Alagia-Slokar, *op. cit.*, p. 545; nella dottrina italiana, Bricola, Dolus in re ipsa. *Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano, p. 117 e, più di recente, Militello, *La colpevolezza nell'omissione: il dolo e la colpa nel fatto omissivo*, in *Cass. Pen.*, 1998, p. 979.

Tenendo conto di tali peculiarità, è possibile individuare, in relazione alla generale categoria dei reati omissivi propri, i seguenti elementi strutturali del dolo[7]:

1) conoscenza della situazione tipica;

2) consapevolezza di omettere l'azione doverosa;

3) volontà di omettere l'azione doverosa[8].

Gli elementi di cui ai punti 1) e 2) vanno a comporre l'*aspetto conoscitivo*, mentre l'elemento di cui al punto 3) l'*aspetto volitivo* del dolo dei reati omissivi propri.

2. È agevole intuire che nei reati omissivi propri gli elementi sopra indicati *sub* 2) e *sub* 3) sollevano particolari difficoltà, sia dal punto di vista teorico-concettuale che in fase di accertamento processuale[9]. Un soggetto, infatti, per avere la consapevolezza di omettere l'azione doverosa – consapevolezza sulla quale sola potrà poi fondarsi la volontà di omettere l'azione doverosa – deve *previamente sapere* che una determinata azione è doverosa.

Detto altrimenti, la consapevolezza, e quindi la successiva volontà di omettere, presuppongono necessariamente la conoscenza dell'azione doverosa: trattasi di una ineludibile proiezione a livello di dolo della natura tutta normativa ("*non facere quod debetur*") delle fattispecie omissive proprie[10].

Sia consentito un semplice esempio 'extrapenalistico' per chiarire le precedenti affermazioni: uno scolaro, per avere *la consapevolezza* e, quindi, *la volontà di non fare* i compiti di scuola, *deve sapere* che ci sono dei compiti da fare!

Ciò constatato – e a questo punto sorgono le difficoltà sopra preannunciate – occorrerà chiedersi: *da dove può desumere un soggetto (il futuro imputato) la conoscenza dell'azione doverosa?* Quale può essere la sua fonte di conoscenza dell'azione doverosa?

3. Per alcuni reati omissivi propri sembrerebbe possibile una sola risposta: un soggetto (il futuro imputato) può desumere la conoscenza dell'azione doverosa *solo dalla stessa legge penale* che, incriminando l'omissione, indica qual è l'azione doverosa.

La conoscenza della legge penale viene, quindi, a costituire in questi casi l'unico presupposto su cui può basarsi la consapevolezza e la volontà di omettere. Tale situazione si verifica in molti di quei reati inquadrabili nella categoria dei reati omissivi propri c.d. *a situazione tipica neutra*[11].

Si tratta di fattispecie omissive di pura creazione legislativa (*mala quia prohibita*)[12], alle quali non preesiste un disvalore socialmente percepibile o diffuso. In questi casi la situazione tipica risulta, quindi, di per sé neutra, 'muta', incapace di fornire al soggetto lo stimolo, l'impulso ad agire in un determinato modo. La situazione tipica, qui, non lancia alcun appello ad agire, non suggerisce alcun comportamento, non invia alcun *input* all'azione. Nei reati omissivi propri a situazione tipica neutra, pertanto, il soggetto, nella maggior parte dei casi, potrà sapere

[7] In argomento v., tra gli altri, Pulitanò, *Diritto penale*, V ed., Torino, 2013, p. 324; Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, I, III ed., Milano, 2004, p. 439; Marinucci-Dolcini, *Manuale*, cit., 307; Ronco, *Il dolo*, in Ronco (a cura di), *Il reato. Struttura del fatto tipico, etc.*, tomo primo, II ed., Bologna, 2011, p. 551; De Vero, *Il dolo e la preterintenzione*, in De Vero (a cura di), *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, Torino, 2010, p. 202; tra le opere monografiche, v. Cadoppi, *Il reato omissivo proprio*, cit., p. 998 ss.; Demuro, *Il dolo - II. L'accertamento*, Milano, 2010, p. 521 s.; Marinucci, *Il reato come "azione". Critica di un dogma*, 1971, 142 (v.lo anche in trad. spagnola: *El delito como "accion": critica de un dogma*, Madrid-Barcelona, 1998).

[8] In passato, una parte della dottrina tedesca, sulla base delle premesse dogmatiche della teoria finalista (v. in particolare Armin Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959, p. 66), ha negato la necessità, ai fini del dolo dei reati omissivi propri, della "volontà dell'omissione": su tale posizione, e sulle convincenti critiche ad essa mosse, v. Marinucci, *Il reato come "azione"*, cit., p. 142; Pulitanò, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, p. 406; Cadoppi, *Il reato omissivo proprio*, cit., p. 1033 ss.; Romano, *Commentario*, cit., p. 440.

[9] Cfr., anche per un quadro aggiornato di dottrina e giurisprudenza sul punto, Demuro, *Il dolo*, cit., p. 518 ss.

[10] Cfr., tra gli altri, Palazzo, *Corso di diritto penale*, II ed., Torino, 2006, p. 303; De Vero, *Il dolo e la preterintenzione*, cit., p. 202, nonché Nuvolone, *L'omissione nel diritto penale italiano. Considerazioni generali introduttive*, in *Indice Pen.* 1982, p. 435: "poiché quello di omissione è un concetto normativo, che ha sempre come punto di riferimento un comando giuridico, non vi può mai essere un'omissione dolosa penalmente rilevante […] senza la coscienza dell'antigiuridicità: vi dev'essere, cioè, la coscienza di violare un comando giuridico". Per la considerazione che "*el concepto de omisión es necesariamente normativo*", v. pure Zaffaroni-Alagia-Slokar, *op. cit.*, p. 544.

[11] Sulla distinzione tra reati omissivi propri c.d. *a situazione tipica neutra*, e reati omissivi propri c.d. *a situazione tipica pregnante*, v., Cadoppi, *Il reato omissivo proprio*, cit., p. 948 ss., con ulteriori rinvii.

[12] In generale, sulla dicotomia *mala quia prohibita-mala in se* (espressa anche con altre analoghe formulazioni: *delicta per se-delicta mere prohibita*; delitti naturali-delitti artificiali; delitti rientranti nel diritto penale classico-reati di pura creazione legislativa, etc.), v. Mannheim H., *Trattato di criminologia comparata*, Torino, 1975, p. 38; Silva Dias, *"Delicta in se" e "delicta mere prohibita"*, Coimbra, 2008, p. 3 ss.; Vallini, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino, 2003, p. 13 ss., nonché, volendo, Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010, p. 131 s. (http://air.unimi.it/handle/2434/72714).

che una determinata azione è doverosa – e quindi avere la consapevolezza e la volontà di omettere, richieste ai fini del dolo – solo se conosce la relativa norma incriminatrice[13].

Se, ad esempio, in Italia qualcuno di noi ospitasse un collega argentino qui giunto per una conferenza, non assocerebbe di certo al fatto dell'ospitalità il dovere di denunciare in Questura la presenza in casa propria di un cittadino straniero: eppure, fino al 1994, l'art. 2 del d.lgs. n. 50 del 1948 sottoponeva a pena "chiunque a qualsiasi titolo dà alloggio ovvero ospita uno straniero […], anche se parente od affine" qualora ometta di comunicare, "entro ventiquattro ore, le generalità [dell'ospite straniero] alla Autorità locale di pubblica sicurezza"[14]. In questo esempio, solo la previa conoscenza della norma penale in questione ci avrebbe potuto indurre a recarci in Questura!

Nei reati omissivi propri del tipo appena visto, quando, di fatto, l'unica possibilità per il soggetto di conoscere l'azione doverosa gli proviene dalla previa conoscenza della norma incriminatrice, si innesca un *"cortocircuito" tra dolo e conoscenza della legge penale*[15], giacché la sussistenza del primo presuppone necessariamente la sussistenza della seconda. Si profila, qui, pertanto, una grave anomalia in punto di colpevolezza (all'interno della quale, normalmente, dolo e conoscenza/conoscibilità della legge penale si collocano, invece, su piani distinti e autonomi); e tale anomalia comporta una significativa ricaduta pratico-applicativa: la necessità di accertare sempre in capo all'imputato di un reato omissivo proprio del tipo in esame la effettiva, attuale conoscenza della legge penale violata quale presupposto della possibilità di condannarlo per dolo[16].

4. Il "cortocircuito" sopra segnalato tra dolo e conoscenza della legge penale non si produce, però, in tutti i reati omissivi propri. Come attenta dottrina ha da tempo segnalato[17], vi è, infatti, almeno una categoria di reati omissivi propri, in cui il soggetto (il futuro imputato) può avere conoscenza dell'azione doverosa – e, quindi, consapevolezza e volontà di omettere – anche *a prescindere* dalla conoscenza della legge penale che incrimina l'omissione: si tratta della categoria dei reati omissivi propri c.d. *a situazione tipica pregnante* (categoria alla quale, come vedremo tra breve, appartiene anche l'omissione di soccorso).

Si tratta di fattispecie omissive costruite intorno a presupposti fattuali particolarmente 'densi' e 'significativi', alla cui sussistenza i consociati associano agevolmente – spontaneamente, potremmo dire – l'insorgenza di doveri etico-sociali di agire. La presenza di tali presupposti risulta, pertanto, di per sé idonea a suggerire al soggetto quale condotta positiva ci si attenda da lui. La situazione tipica, in altre parole, fornisce al soggetto lo stimolo ad agire, accende in lui la "miccia" che dovrebbe far "detonare" l'agire[18]. Rispetto a questi reati omissivi, quindi, il soggetto 'avverte' che vi è una condotta doverosa *a prescindere dalla conoscenza della legge penale incriminatrice*.

Se, ad esempio, qualcuno di noi per qualsiasi motivo scava una buca su una strada di pubblico transito, la "buca scavata sulla strada" costituirà il presupposto fattuale che, in base a consolidati paradigmi etico-sociali, lo stimolerà ad agire in un determinato modo, segnalando adeguatamente la buca, per evitare pericoli alle persone che si troveranno a passare per quella strada. E tale stimolo ad agire sorge a prescindere dalla conoscenza del fatto che una legge (l'art. 673 c.p. italiano) punisce "chiunque omette di collocare i segnali o i ripari prescritti dalla legge o dall'Autorità per impedire pericoli alle persone in un luogo di pubblico transito".

[13] Quanto detto non vale, tuttavia, per *tutti* i reati omissivi propri a situazione tipica neutra, in quanto ve ne sono alcuni rispetto ai quali il soggetto può attingere la conoscenza dell'azione doverosa anche *a prescindere* dalla conoscenza della norma incriminatrice: ad esempio, quei reati omissivi propri il cui autore può essere solo un soggetto che riveste particolari qualità di fatto o di diritto (che dovrebbero indurlo ad informarsi sui doveri connessi a tali qualità), oppure il cui autore riceve previamente una comunicazione dei doveri su di lui incombenti (in argomento, v. Cadoppi, *Il reato omissivo proprio*, cit., p. 1028 ss.; Marinucci-Dolcini, *Manuale*, cit., p. 308).

[14] L'art. 2 del d.lgs. n. 50 del 1948 è stato abrogato dal d.lgs. n. 480 del 1994.

[15] Per l'espressione "cortocircuito", v. De Vero, *Il dolo e la preterintenzione*, cit., 203.

[16] In argomento, v. diffusamente Pulitanò, *L'errore di diritto*, cit., p. 402 ss.

[17] Per riferimenti, v. ancora Cadoppi, *Il reato omissivo proprio*, cit., p. 948 ss.

[18] Per tale suggestiva formulazione, desunta dalla dottrina statunitense, v. Cadoppi, *Il reato omissivo proprio*, cit., p. 956.

3. La struttura del dolo nel reato di omissione di soccorso.

Fatte queste premesse sul dolo dei reati omissivi propri in generale, qui di seguito possiamo procedere a 'declinare' la sopradescritta struttura del dolo del reato omissivo proprio con specifico riferimento al delitto di *omissione di soccorso*.

3.1. *L'aspetto* conoscitivo *del dolo di omissione di soccorso: a) la conoscenza della situazione tipica.*

1. Affinché un soggetto (colui che "trova", ai sensi dell'art. 593 c.p. italiano, o "*encontra*", ai sensi dell'art. 108 c.p. argentino) versi in dolo di omissione di soccorso è, in primo luogo, necessario che egli *si renda conto* di essere in presenza della situazione descritta dalla norma incriminatrice: si renda conto, ad esempio, che davanti a sé ha un bambino minore degli anni dieci abbandonato o smarrito, oppure una persona ferita[19].

La necessità, ai fini della sussistenza del dolo di omissione di soccorso, della *conoscenza della situazione tipica* risulta ben argomentata in una recente sentenza della Cassazione italiana, relativa ad un caso in cui due giovani avevano assunto eroina, nell'abitacolo di un'automobile, insieme ad un terzo amico, il quale si era poi accasciato sul sedile posteriore, perdendo i sensi, e morendo dopo qualche ora. Gli altri due giovani, pur constatando il persistente stato di torpore dell'amico, non avevano intrapreso alcuna azione di soccorso, e pertanto erano stati condannati dal giudice di merito per omissione di soccorso.

Contro tale condanna uno dei due imputati ricorreva in Cassazione sostenendo l'"assenza dell'elemento psicologico del delitto contestato, potendosi tutt'al più ravvisare una ipotesi colposa non punibile". La Cassazione, invece, conferma la condanna giacché "nel caso di specie esisteva senz'altro la *consapevolezza della condizione di pericolo* […], dal momento che [gli imputati] sapevano bene che [la vittima] aveva assunto sostanze stupefacenti – oppiacei – in quantità considerevole e che in precedenza aveva bevuto alcolici e che, pertanto, poteva correre dei rischi. Inoltre avevano potuto rilevare che [la vittima], addormentatosi poco dopo la assunzione di sostanze stupefacenti, aveva continuato a dormire, senza alcuna interruzione, per oltre quattro ore. Infine avevano notato […] il continuo deteriorarsi delle condizioni della [vittima]. È davvero difficile in siffatta situazione immaginare che [l'imputato ricorrente], ancorché giovane ed inesperto, non si fosse reso conto delle precarie condizioni della [vittima] e che la sua condotta sia imputabile a semplice negligenza"[20].

2. La conoscenza della situazione tipica potrebbe aversi *anche in forma meramente dubitativa*[21]: ad es., se il soggetto non è certo che la persona trovata sia ferita, ma nutre in proposito un serio dubbio. Ma se costui ha un'errata percezione della situazione tipica – ad es., a causa del buio non si rende nemmeno conto che la persona trovata è ferita – allora egli versa in una situazione di *errore sul fatto* ai sensi dell'art. 47 co. 1 c.p. italiano (o in *error de tipo* ai sensi dell'inciso 1 dell'art. 34 c.p. argentino), la quale esclude il dolo, e quindi la stessa punibilità per omissione di soccorso, essendo, questo, un reato punito solo a titolo di dolo[22].

Annotava a tal proposito Guarneri che "l'errore abolitivo del dolo può ugualmente incidere nella mancata conoscenza delle condizioni prevedute nella disposizione (come nell'ipotesi di chi non vede un ubriaco caduto nel fosso e in procinto di annegare), quanto nell'erroneo apprezzamento delle condizioni stesse (l'agente vede benissimo una persona supina, in posizione normale, ma la ritiene addormentata, anziché colpita da malore)"[23].

[19] Cfr. Vannini, *Delitti contro la vita e la incolumità individuale*, Milano, 1958, p. 224; Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale, I*, XV ed., 2008, Milano, p. 127; Marinucci-Dolcini, *Manuale*, cit., p. 307.
[20] Cass., Sez. V, 20 febbraio 2008 (dep. 17 luglio 2008), Mordenti, n. 29891, CED 240437, in *De Jure*.
[21] Marinucci-Dolcini, *Manuale*, cit., p. 307; in passato, nello stesso senso, già Guarneri, *Il delitto di omissione di soccorso*, Padova, 1937, p. 105; *contra*, Cadoppi, *Il reato di omissione di soccorso*, Padova, 1993, p. 120.
[22] Mantovani, *Diritto penale. Parte Speciale, I - Delitti contro la persona*, IV ed., Padova, 2011, p. 196; Cadoppi, *Il reato di omissione di soccorso*, cit., p. 124; Pannain, *I delitti contro la vita e la incolumità individuale*, Torino, 1965, p. 292; Ranieri, *Manuale di diritto penale. Tomo 3, Parte speciale: i singoli delitti (tit. 8.-13.), le contravvenzioni*, Padova, 1952, p. 313.
[23] Guarneri, *Il delitto di omissione di soccorso*, cit., p. 108.

In *giurisprudenza* un riconoscimento della rilevanza dell'*error facti* ai fini dell'esclusione del dolo di omissione di soccorso si è avuta in una recente sentenza di merito[24].

Il caso riguardava una giovane donna morta durante la notte nel suo letto per una crisi respiratoria provocata da una polmonite in fase acuta, non curata (perché manifestatasi solo poche ore prima), i cui effetti patologici erano stati verosimilmente accentuati dalla circostanza che la donna era soggetto tossicodipendente e, perciò, debilitato, e aveva assunto in precedenza ansiolitici. Il convivente della vittima era stato imputato per omissione di soccorso, in quanto, pur essendo rimasto in casa dal mattino precedente il decesso al mattino successivo, non aveva chiamato i soccorsi, se non verso le 10 a.m., quando ormai la donna era morta da circa 10-12 ore. Ciò nondimeno egli viene assolto. Il giudicante, infatti, constata che l'andamento della polmonite poteva essere stato anche subdolo, ossia con manifestazioni esteriori non chiaramente rilevabili, o addirittura asintomatico, sicché il respiro della donna avrebbe potuto essere rimasto normale fino al momento in cui non si era manifestata l'insufficienza respiratoria. Secondo il giudicante, quindi, "risponde a criteri di ragionevolezza, o comunque di plausibilità, il fatto che [l'imputato] – soggetto sprovvisto di conoscenze medico-scientifiche – *non si rendesse conto delle reali condizioni di salute* della [vittima] e, anziché chiamare il medico, abbia lui stesso assistito la ragazza, trattenendosi con lei e preparandole una bevanda calda, *nell'evidente convinzione che lo stato di stordimento del mattino fosse transitorio* (circostanza che sarebbe avvalorata dal fatto che, durante il pomeriggio e la serata, egli conversasse regolarmente con la [vittima]) *e che la tosse fosse riconducibile ad una semplice infreddatura di grado modesto* […]. Sulla base delle considerazioni che precedono, e degli elementi di prova legittimamente acquisiti ed utilizzabili, ritiene il giudicante che non si sia raggiunta prova sufficiente del fatto che [l'imputato] fosse nelle condizioni di rendersi conto della situazione di pericolo indotta dalla patologia in atto a carico della [vittima], e quindi dell'elemento soggettivo previsto per il reato inizialmente contestatogli"[25].

3.2. *Ancora sull'aspetto* conoscitivo *del dolo di omissione di soccorso: b) la consapevolezza di omettere l'azione doverosa.*

1. Affinché il soggetto (colui che "trova", o "*encontra*") versi in dolo di omissione di soccorso è, in secondo luogo, necessario, che egli sia *consapevole di omettere l'azione doverosa*; e come abbiamo sopra illustrato, una tale consapevolezza presuppone la conoscenza dell'azione doverosa, quindi, nel nostro caso, la *conoscenza del dovere di soccorrere*[26].

Scrivono in proposito Marinucci e Dolcini: "chi si imbatte nel minore o nell'incapace *deve sapere* che deve avvertire la pubblica Autorità, chi si trova in presenza di una persona in pericolo *deve sapere* che deve prestargli soccorso ovvero avvertire la pubblica Autorità"[27].

2. Già si è detto che la consapevolezza di omettere l'azione doverosa (e la successiva volontà di omettere, che presuppone una tale consapevolezza) costituisce, in linea di principio, un profilo assai problematico del dolo dei reati omissivi propri (*supra*, 2.).

Si è potuto, tuttavia, altresì già rilevare che almeno in una categoria di reati omissivi propri – quelli *a situazione tipica pregnante* – tale problema in realtà non si pone (o si pone in termini decisamente minori), giacché la consapevolezza di omettere scaturisce dal complessivo contesto di tipicità, costruito intorno a presupposti fattuali particolarmente 'densi' e 'significativi', alla cui sussistenza i consociati associano agevolmente l'insorgenza di doveri etico-sociali di agire. Ebbene, questo è quanto dovrebbe accadere anche nell'omissione di soccorso, la quale è unanimemente inquadrata tra i reati omissivi propri *a situazione tipica pregnante*; anzi, viene

[24] Trib. La Spezia 24 settembre 2008, P.M., in *DeJure*, e in *Giurisprudenza Merito* 2009, 1, p. 224.
[25] Trib. La Spezia 24 settembre 2008, P.M., cit. (corsivo aggiunto).
[26] V., in giurisprudenza, Cass., Sez. V, 17 novembre 2009 (dep. 11 gennaio 2010), n. 703, in *Leggi d'Italia*, ad avviso della quale il dolo dell'omissione di soccorso richiede la "consapevolezza della necessità del soccorso"; in termini analoghi, v. pure Cass., Sez. V, 20 febbraio 2008 (dep. 17 luglio 2008), Mordenti, n. 29891, CED 240437, in *DeJure*, nonché Cass. 14 dicembre 1977, Saccardo, in *Giust. Pen.* 1978, II, p. 128.
[27] Marinucci-Dolcini, *Manuale*, cit., p. 308.

spesso menzionata come ipotesi paradigmatica di tale categoria di reati[28].

Così, ad esempio, secondo Fiandaca e Musco della categoria delittuosa in parola è "esempio significativo quello dell'omissione di soccorso, la cui situazione tipica esprime una sufficiente capacità ammonitrice o di impulso psicologico per il soggetto tenuto a soccorrere: il vedere ad es. un ferito grondante di sangue ai bordi di una strada provoca infatti una sufficiente spinta psicologica ad agire, ancorché il soggetto per avventura ignori che esiste una norma penale che incrimina l'omesso soccorso"[29].

3. L'inquadramento dell'omissione di soccorso tra i reati omissivi propri a situazione tipica pregnante trova, del resto, piena legittimazione anche in forza della rilevanza e del grado di radicamento nella nostra cultura del *dovere etico-sociale* sotteso dalla norma incriminatrice di tale delitto: il *dovere di solidarietà*[30].

3.3. *L'aspetto* volitivo *del dolo di omissione di soccorso: la volontà di omettere l'azione doverosa.*

1. Affinché un soggetto (colui che "trova" o "*encontra*") versi in dolo di omissione di soccorso è, in terzo luogo, necessario che egli si risolva, decida di non soccorrere; è richiesta, insomma, la *volontà di non compiere l'azione doverosa*[31]: il soggetto, consapevole della situazione tipica e del dovere di soccorrere, decide di non prestare l'aiuto necessario, né di avvisare l'Autorità.

2. Anche la *giurisprudenza italiana* riconosce la necessità della "volontà di omettere" ai fini della sussistenza del dolo di omissione di soccorso[32], ed assolve l'imputato allorché tale volontà non risulti provata.

Così è avvenuto, ad esempio, in relazione ad un uomo il quale, all'uscita del locale dove aveva passato la serata con una ragazza, si rendeva conto che questa si trovava in stato di elevatissima alterazione psico-fisica a causa dell'assunzione di bevande alcoliche e di *hashish*, al punto da non riuscire nemmeno a camminare.

L'uomo, pertanto, dopo aver fatto sedere la ragazza su una panchina e aver lì trascorso con lei circa un'ora, decideva di andare a recuperare la propria auto al fine di accompagnarla a casa, ma nel frattempo la ragazza si metteva a girovagare, subendo, poco dopo, il furto della borsetta ed uno stupro. Imputato per omissione di soccorso, l'uomo veniva tuttavia assolto. Ritiene, infatti, la Corte che costui "non aveva avuto l'intenzione di abbandonare la [ragazza], ma aveva errato sulle modalità di soccorso che pur aveva posto in essere, in quanto, a motivo della scarsa conoscenza delle strade, l'imputato non avrebbe dovuto avventurarsi in un tentativo di recupero che avrebbe richiesto del tempo, ma subito affidare la ragazza quanto meno alle cure dei sanitari del vicino Pronto Soccorso. *Esula* peraltro" – prosegue la Corte – "da tale riconosciuto comportamento dell'imputato *la volontà di non prestare assistenza* alla [ragazza], lasciandola priva del necessario soccorso, in quanto non di un consapevole abbandono si è trattato, ma di un maldestro intervento per recuperare – nei modi sopra evidenziati – una ragazza che non

[28] In tal senso v., tra gli altri, Cadoppi, *Il reato omissivo proprio*, cit., p. 961; Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Padova, 2011, p. 320; Pulitanò, *Diritto penale*, cit., p. 224; tra i contributi destinati specificamente all'art. 593, v. Musco, voce *Omissione di soccorso*, in *Dig. pen*, vol. VIII, 1994, p. 567.

[29] Fiandaca-Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 622.

[30] Siano sufficienti, in questa sede, solo alcuni fugaci riferimenti a supporto dell'esistenza, della rilevanza e del profondo radicamento nella nostra cultura, del dovere etico-sociale di solidarietà:
- la parabola 'evangelica' del Buon Samaritano (Luca, 10, 25-37);
- la previsione 'laica' di cui all'art. 2 della Costituzione italiana, ai sensi del quale "la Repubblica […] richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di *solidarietà* politica, economica e sociale";
- la previsione, altrettanto 'laica', di cui al Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ove si afferma che l'Unione "consapevole del suo patrimonio spirituale e morale, […] si fonda sui valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della *solidarietà*";
- l'istituzione in Argentina (con decreto presidenziale n. 982 del 1998), del *Día Nacional de la Solidaridad*, giornata nazionale della solidarietà che si celebra il 26 agosto, giorno di nascita di un eroe della solidarietà, Madre Teresa di Calcutta.

[31] Cadoppi, *Il reato di omissione di soccorso*, cit., p. 119; Marinucci-Dolcini, *Manuale*, cit., p. 308; Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale, I*, cit., p. 127.

[32] Oltre alle sentenze di seguito riferite, v. Cass. 14 dicembre 1977, Saccardo, in *Giust. Pen.* 1978, II, p. 128; Cass., Sez. II, 13 maggio 1964 (dep. 27 giugno 1964), Gebbia, n. 1044, CED 99205, in *Cass. Pen.* 1964, p. 964.

era in grado di deambulare autonomamente, sì che all'intenzione dell'[imputato] non ha poi fatto seguito un esito felice, ma di ciò l'imputato non può essere chiamato a rispondere sotto il profilo omissivo descritto dalla norma incriminatrice, mancando proprio l'elemento psicologico del reato di cui all'art. 593 c.p."[33].

È stata, altresì, riconosciuta la mancanza di dolo per assenza della volontà di omettere in un caso in cui l'imputato, avendo trovato a terra, nei pressi di un incendio, un uomo svenuto, si era limitato a metterlo in sicurezza, trascinandolo lontano dalle fiamme in un luogo in cui queste erano già passate, per poi avvertire la moglie del malcapitato e dedicarsi allo spegnimento dell'incendio. Il giudicante ha ritenuto che ai fini di una condanna *ex* art. 593 c.p. si richiede "la prova della coscienza e della volontà di omettere di prestare soccorso"; ma nel caso di specie "non può apoditticamente affermarsi la sussistenza di una tale volontà, poiché dalla ricostruzione dei fatti (così come accertati) emerge chiara l'agitazione e la preoccupazione del prevenuto di domare l'incendio (dopo aver soccorso il malcapitato ed avvertito la di lui moglie) *e non già la volontà di non soccorrere* l'inanimato"[34].

4. Chiusa: due indicazioni per l'interprete.

1. Nelle pagine precedenti abbiamo potuto constatare che i gravi problemi – non solo teorici, ma anche pratico-applicativi – che in generale il dolo solleva nei reati omissivi propri, in relazione al reato di omissione di soccorso perdono di intensità, per non dire che quasi si dissolvono, grazie alla riconducibilità di tale reato tra i reati omissivi propri *a situazione tipica pregnante*.

Affinché, tuttavia, l'omissione di soccorso possa *effettivamente* essere considerata un reato omissivo proprio a situazione tipica pregnante, occorre interpretare la lettera dell'art. 593 c.p. italiano (e dell'art. 108 c.p. argentino) in modo da far emergere davvero quel substrato naturalistico capace di costituire un *appello all'azione* per colui che trova (o "*encontra*") il soggetto passivo, risvegliando in lui il dovere etico-sociale di solidarietà.

Per quanto riguarda l'art. 593 c.p. italiano, ciò significa:

a) che occorrerà interpretare tale norma dando rilievo, in tutte le ipotesi ivi previste, ad un *concreto pericolo per la vita o l'incolumità* della persona ritrovata: è solo in presenza di un siffatto pericolo, infatti, che potrà sorgere nel ritrovatore lo stimolo ad agire, che potrà, insomma, prender fuoco la "miccia" capace di far "detonare" l'azione soccorritrice. Ne consegue, pertanto, che, quanto al primo comma, dovrà ad esempio ritenersi che non ci sia "abbandono", non ci sia "smarrimento", se non quando il soggetto passivo si trovi esposto ad un effettivo pericolo per la sua vita o la sua incolumità individuale; parimenti, quanto al secondo comma, che dovrà escludersi che la formula "corpo […] inanimato" possa riferirsi anche alla persona già cadavere, in quanto in tal caso non sussisterebbe alcun pericolo per la vita o l'incolumità, essendo ormai sopravvenuta la morte.

Non possono, quindi, trovare accoglimento né l'opinione che vede nel reato di omissione di soccorso un reato *senza offesa ad un bene giuridico*[35], né l'opinione che – pur ponendo l'omissione di soccorso a tutela della vita e dell'incolumità individuale – ritiene che tali beni siano esposti, nel reato in esame, ad un *mero pericolo astratto*[36];

[33] Cass., Sez. V, 17 novembre 2009 (dep. 11 gennaio 2010), n. 703, in *Leggi d'Italia* (corsivo aggiunto). In dottrina, v. Cadoppi, *Il reato di omissione di soccorso*, cit., p. 121 e p. 125, il quale giustamente segnala che se il soggetto sceglie modalità di adempimento del suo obbligo di soccorso maldestre, inidonee, egli non sarà punibile ogni qual volta tale scelta sia incolpevole o sia dovuta a colpa.

[34] Pret. Montagano, 25 ottobre 1973, in *Giurisprudenza Merito* 1975, p. 227.

[35] In argomento, v. Cadoppi, *"Non evento" e beni giuridici "relativi": spunti per una reinterpretazione dei reati omissivi propri in chiave di offensività*, in *Studi in memoria di Nuvolone*, Milano, 1991, vol. II, p. 113 ss.; Marinucci-Dolcini, *Corso di diritto penale*, III ed., Milano, 2001, p. 606 ss.

[36] Secondo l'opinione più diffusa nella dottrina italiana, invece, il reato di omissione di soccorso sarebbe, almeno nel primo comma, reato di pericolo astratto: così Saltelli, Romano Di Falco, *Commento teorico-pratico del nuovo codice penale*, vol. II, Roma, 1930, p. 951; Manzini, *Trattato di diritto penale*, V ed., vol. VIII, Torino, 1985, p. 356 e, nella dottrina più recente, Musco, voce *Omissione di soccorso*, cit., p. 561; Nicosia, *Art. 593 - Omissione di soccorso*, in Manna (cura di), *Reati contro la persona*, I, Torino, 2007, p. 254 s.; Masera, *Delitti contro l'integrità fisica - L'omissione di soccorso*, in Viganò-Piergallini (a cura di), *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, Torino, 2011, p. 123; Gebbia, voce *Omissione di soccorso*, in Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. IV, 2006, p. 3930. Anche la giurisprudenza ha talora aderito espressamente a questa opinione, affermando che quella di reato di pericolo è "connotazione che attinge tutte le ipotesi disciplinate dall'art. 593 c.p.; nella fattispecie di cui al co. 1, il pericolo è ritenuto presunto, allorché si determinino le condizioni normativamente indicate, mentre nella fattispecie di cui al co. 2, esso deve essere accertato alla stregua degli elementi caratterizzanti la fattispecie": Cass., Sez. IV, 19 settembre 2006 (dep. 4 novembre 2006), Moramarco, n. 36608, in *Cass. Pen.* 2007, p. 4610.

b) che occorrerà interpretare il termine "*trovando*", usato nell'art. 593 c.p., come riferito necessariamente, ed esclusivamente, ad un *contatto sensoriale diretto*, perché solo quando il soggetto attivo vede coi suoi occhi il sangue scorrere dalla ferita, o ode con le sue orecchie i gemiti e le invocazioni d'aiuto, egli sarà effettivamente stimolato a soccorrere.

Va, quindi, respinto quell'orientamento, secondo cui il presupposto del reato di omissione di soccorso indicato col termine "trovando" potrebbe risultare integrato anche nel caso in cui l'imputato abbia solo *notizia da altri* che nelle immediate vicinanze vi sia una persona bisognosa di soccorso[37].

2. Se, invece, queste due indicazioni interpretative dovessero rimanere inascoltate, il fatto tipico del reato di omissione di soccorso resterebbe privato di quella "pregnanza di significati"[38] capace di fare appello allo spirito di solidarietà del soggetto ritrovatore, sicché anche l'applicazione dell'art. 593 rischierebbe di rimanere 'fulminata' dal cortocircuito tra dolo e conoscenza della legge penale che, come abbiamo visto, può insorgere in relazione a molti dei reati omissivi propri *a situazione tipica neutra*.

[37] In dottrina tale orientamento è stato sostenuto da Conti O., voce *Omissione di soccorso*, in *Enc. Forense*, vol. V, 1959, p. 314; Reinotti, voce *Omissione di soccorso*, in *Enc. Dir*, vol. XXX, 1980, p. 45, nonché – con un cambio d'opinione rispetto alla posizione assunta nella monografia del 1937 – Guarneri, *Presupposti ed estensione dell'obbligo di soccorrere i pericolanti*, in *Riv. It. Dir. Pen.* 1949, p. 726; più di recente, v. Mantovani, *Diritto penale, pt. sp.*, cit., 186, ma limitatamente alla sola ipotesi del soggetto che, pur non avendo percezione sensoria diretta del soccorrendo, si trovi *presso* di lui: "ad es., l'automobilista fermato da altri perché trasporti all'ospedale il ferito, che si trova a due passi, ma non visibile dall'auto o, comunque, da lui non notato"; in giurisprudenza, v. Cass., Sez. II, 13 maggio 1964 (dep. 27 giugno 1964), Gebbia, n. 1044, CED 99205, in *Cass. Pen.* 1964, p. 965: "il significato della espressione «trovando», contenuta nell'art. 593 c.p., è comprensivo anche della situazione in cui taluno sia informato dello stato in cui si trova la persona da soccorrere a breve distanza e sia richiesto del soccorso". Negli anni Settanta del secolo scorso, l'adesione all'orientamento qui criticato ha, in particolare, portato a condannare per omissione di soccorso il medico libero professionista che, richiesto per telefono o a voce, di recarsi al capezzale di un infermo (rispetto al quale non aveva né obblighi pubblicistici, né vincoli contrattuali), si rifiutava di intervenire: Cass., Sez. V, 23 ottobre 1973 (dep. 19 dicembre 1973), Amarilli, n. 9135, CED 88421, in *Riv. Pen.* 1974, I, p. 399; Cass., Sez. V, 14 dicembre 1977 (dep. 10 aprile 1978), Saccardo, n. 4003, CED 138535, in *Giust. Pen.* 1979, II, p. 126; Trib. Alessandria, 16 dicembre 1976, Ballestrero, in *Riv. Pen.* 1977, p. 305.

[38] Per tale espressione, v. Pulitanò, *L'errore di diritto*, cit., p. 404, il quale – proprio partendo dal presupposto che l'art. 593 sia fornito di una siffatta "pregnanza di significati" – giustamente osserva che "l'impatto con persone in pericolo vale di per sé a richiamare la possibilità ed il significato sociale di un'azione di soccorso su un piano di valori etico-sociali e di normali reazioni psicologiche, a prescindere da ogni riferimento al dovere giuridico di soccorso" (*ibidem*, 402).

ARTICOLO SOTTOPOSTO A PEER REVIEW

RECENTI ORIENTAMENTI SUL LAVORO DI PUBBLICA UTILITÀ

Note a margine dell'ordinanza del Tribunale di Palermo di data 3 agosto 2013

Antonia Menghini e Elena Mattevi*

Abstract

L'ordinanza del Tribunale di Palermo commentata diventa l'occasione per una più approfondita riflessione sull'istituto del lavoro di pubblica utilità. Dopo aver rammentato le diverse disposizioni normative che contemplano l'istituto e con esse le differenti nature giuridiche che il lavoro di pubblica utilità assume nel nostro ordinamento, lo scritto si concentra sull'ipotesi di cui al comma 9 bis dell'art. 186 C.d.S., fornendo un quadro completo dei principali e più recenti arresti giurisprudenziali in materia, per poi riflettere sulle problematiche specifiche poste dall'ordinanza: la modifica delle modalità di esecuzione e l'individuazione di un Ente non convenzionato in cui svolgere l'attività lavorativa.

Sommario

1. Premessa – 2. Una sanzione dalla natura giuridica proteiforme – 3. Finalità della sanzione e principali arresti giurisprudenziali – 4. La modifica delle modalità di esecuzione del lavoro di pubblica utilità. Alcune questioni sullo sfondo dell'ordinanza del Tribunale di Palermo – 5. La questione della scelta di un Ente non convenzionato posta dall'ordinanza in commento.

* Dei paragrafi 1, 2 e 5 è autrice la dott.ssa Antonia Menghini, dei paragrafi 3 e 4 la dott.ssa Elena Mattevi.

1. Premessa.

L'ordinanza in oggetto riguarda l'applicazione della sanzione sostitutiva del lavoro di pubblica utilità per un caso di violazione dell'articolo 186 del codice della strada. In particolare il Tribunale di Palermo, Sezione feriale, in funzione di giudice dell'esecuzione, ha autorizzato il condannato a svolgere attività lavorativa in favore della comunità non presso l'originario Ente convenzionato individuato dal giudice di cognizione, ma presso altro Ente non convenzionato, sulla base dell'asserita necessità del soggetto istante di svolgere quanto prima la propria prestazione lavorativa, che non sarebbe stato possibile svolgere tempestivamente presso l'Ente convenzionato individuato in prima istanza.

Il riferimento normativo fondamentale è la legge n. 120 del 2010 con cui il legislatore ha inserito il comma 9 *bis* nell'art. 186 C.d.S. (guida in stato di ebbrezza) e il comma 8 *bis* nell'art. 187 C.d.S. (guida in stato di alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti), prevedendo la possibilità per il giudice di sostituire la pena detentiva e pecuniaria per i reati contravvenzionali citati con il lavoro di pubblica utilità, sempre che non ricorra l'aggravante dell'incidente stradale e che detta sostituzione non sia già intervenuta[1].

2. Una sanzione dalla natura giuridica proteiforme.

Il lavoro di pubblica utilità non è certo un istituto nuovo nel nostro sistema sanzionatorio, trattandosi di una misura cui il legislatore ha fatto sovente ricorso, individuandone di volta in volta una natura giuridica specifica[2]. Risulta dunque opportuno fornire una seppur breve ricognizione *de iure condito*.

Il lavoro di pubblica utilità è stato dapprima introdotto dalla legge n. 689 del 1981 quale sanzione applicabile in caso di conversione della pena pecuniaria non eseguita a causa delle condizioni di insolvibilità del condannato.

Successivamente il d.l. n. 122 del 1993 ha individuato il lavoro di pubblica utilità quale pena accessoria applicabile discrezionalmente dal giudice in ipotesi di costituzione di un'organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi (articolo 3 della legge n. 654 del 1975) e di istigazione, tentativo, commissione o partecipazione a fatti di genocidio (legge n. 962 del 1967)[3].

Determinante risulta poi il dettato del d.lgs. n. 274 del 2000, relativo alla disciplina della

[1] Per quanto concerne la preclusione relativa all'incidente stradale, è interessante sottolineare il tentativo della giurisprudenza di merito di affermare una lettura della norma che permetta di fare ricorso alla pena del lavoro di pubblica utilità anche nelle ipotesi in cui l'aggravante in oggetto risulti di fatto bilanciata con prevalenza o equivalenza delle attenuanti. Si esprime in questo senso il G.I.P. di Firenze, con sentenza del 7 aprile 2011, n. 582, il quale, valorizzando il principio di responsabilità penale personale, ritiene che le conseguenze della sussistenza di un'aggravante debbano venire in considerazione solo ove la stessa determini in concreto un aumento di pena. Secondo il giudice fiorentino, ragionare diversamente risulterebbe eccessivamente punitivo e illogico, poiché si verrebbero a parificare situazioni molto diverse tra loro, prescindendosi dalla valutazione del grado della colpa e della personalità del reo. Cfr.: Innocenti L., Nota a Tribunale Firenze 7 aprile 2011, n. 582, in http://www.altalex.it

Il Tribunale di Prato ha sollevato, invece, questione di legittimità costituzionale della norma di cui al comma 9 *bis* dell'art. 186 C.d.S. nella parte in cui prevede la sostituzione con il lavoro di pubblica utilità solo al di fuori dei casi previsti dal comma 2 *bis* del medesimo articolo, per violazione degli artt. 3 e 27 comma 3 Cost., anche in considerazione dell'asserita impossibilità, nel caso di specie, di considerare prevalenti le attenuanti. E' recentissima, peraltro, la presa di posizione in argomento della Corte Costituzionale, che ha dichiarato manifestamente infondata la questione con ordinanza n. 247, depositata in data 24 ottobre 2013, con nota di Leo G., *La Consulta sul divieto di applicare il lavoro di pubblica utilità quando il conducente in stato di ebbrezza abbia provocato un incidente stradale*, in *Dir. pen. cont.*, 28 ottobre 2013.

[2] Cfr. per una ricostruzione dettagliata in chiave diacronica: Napoleoni V., *Lavoro sostitutivo per la guida in stato di ebbrezza: conforme a Costituzione l'inapplicabilità* in executivis, in *questa Rivista*, n. 3/2013, 371 ss.;Travaglia Cicirello T., *La "nuova" frontiera del lavoro di pubblica utilità quale sanzione amministrativa accessoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1340 ss.

[3] Si tratta di una pena accessoria che, in deroga a quanto previsto generalmente dal secondo comma dell'articolo 20 c.p., non consegue di diritto, rientrando nella discrezionalità giudiziale e che presenta l'ulteriore peculiarità di non richiedere, a differenza di tutti gli altri casi – fatta eccezione per l'ipotesi di cui all'art. 224 *bis* C.d.S., che però viene definita sanzione amministrativa accessoria – il consenso del condannato. Riguardo a questo profilo non vi è chi non lamenti un profilo di incostituzionalità della misura. Si è parlato in proposito di "pena-contrappasso", una "adesione forzata a scelte di valore contrastanti con le proprie convinzioni personali". Cfr. in tal senso: De Francesco G., *Commento all'art.1 del D.l. 26/4/1993 n. 122, conv. con modif. dalla l. 25/6/1993 n. 205 – Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa (G.U. 27/4/1993 n. 97; G.U. 26/6/1993 n. 148)*, in *Legisl. pen.*, 1994, 196 ss.. Sulla sanzione di cui all'art. 224 *bis* C.d.S., cfr. *infra*, nota n. 8. Si noti che volutamente ci si è riferiti al concetto di "consenso", ben consci che il medesimo viene variamente declinato nelle diverse ipotesi. Per quanto qui ci interessa, cfr. nota n. 11.

competenza penale del giudice di pace ed in particolare il disposto dell'art. 54. In questo contesto la sanzione del lavoro di pubblica utilità è diversamente declinata, venendo ad assumere, in primo luogo, la natura di pena principale e, in secondo luogo, la natura di sanzione da c.d. conversione della pena pecuniaria non eseguita per insolvibilità del condannato. Il giudice di pace può applicare la pena del lavoro di pubblica utilità solo su richiesta dell'imputato.

L'articolo 54, comma 6, del d.lgs. n. 274 del 2000 prevede che le concrete modalità di svolgimento del lavoro di pubblica utilità siano determinate con decreto del Ministero della Giustizia emanato d'intesa con la Conferenza unificata di cui all'art. 8 del d.lgs. n. 281 del 28 agosto 1997. Il Ministero ha provveduto con il d.m. 26 marzo 2001, in cui, però, l'attività propria del lavoro di pubblica utilità è stata definita dall'art. 1 in maniera molto generica[4], limitandosi l'articolo 2 a stabilire che il lavoro di pubblica utilità si svolga sulla base delle convenzioni stipulate con il Ministero della Giustizia e, su delega di quest'ultimo, con i Presidenti dei Tribunali[5].

Con legge n. 145 del 2004, il legislatore è poi intervenuto sull'istituto della sospensione condizionale della pena prevedendo la possibilità, ovvero la necessità in caso di seconda concessione del beneficio, di subordinarne la concessione all'espletamento di un lavoro di pubblica utilità.

Il lavoro di pubblica utilità assume invece, per la prima volta, la diversa natura di pena sostitutiva della sanzione detentiva nell'ipotesi di cui all'articolo 73, comma 5 *bis*, T.U. sugli stupefacenti a favore dei soggetti tossicodipendenti, introdotto dall'articolo 4 *bis* del d.l. 30 dicembre 2005 n. 272[6].

A questo variegato panorama si aggiungono le previsioni di cui al codice della strada. Anche in questo settore il lavoro di pubblica utilità non costituisce invero una novità. Si può facilmente ricordare, infatti, come le fattispecie di guida in stato di ebbrezza e di guida in stato di alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti siano state attribuite per un breve periodo, con il d.lgs. n. 274 del 2000, alla competenza del giudice di pace. Bisogna peraltro registrare come, a fronte dell'astratta previsione normativa, i casi di applicazione della sanzione del lavoro di pubblica utilità siano stati davvero marginali e ciò, da un lato, per l'assenza o comunque per il limitato numero di convenzioni sottoscritte e, dall'altro, per lo scarso *appeal* rappresentato dalla sanzione: al buon esito dello svolgimento del lavoro di pubblica utilità non seguiva, infatti, alcun beneficio per il condannato. In costanza della normativa citata, risultava ben più opportuno e proficuo per il condannato ricorrere al diverso istituto dell'oblazione, cui

[4] Art.1: Lavoro di pubblica utilità. "Il lavoro di pubblica utilità, consistente nell'attività non retribuita a favore della collettività da svolgere presso lo Stato, le regioni, le province, i comuni o presso Enti o organizzazioni di assistenza sociale o di volontariato, a norma dell'art. 54, comma 6, del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, ha ad oggetto: a) prestazioni di lavoro a favore di organizzazioni di assistenza sociale o volontariato operanti, in particolare, nei confronti di tossicodipendenti, persone affette da infezione da HIV, portatori di handicap, malati, anziani, minori, ex-detenuti o extracomunitari; b) prestazioni di lavoro per finalità di protezione civile, anche mediante soccorso alla popolazione in caso di calamità naturali, di tutela del patrimonio ambientale e culturale, ivi compresa la collaborazione ad opere di prevenzione incendi, di salvaguardia del patrimonio boschivo e forestale o di particolari produzioni agricole, di recupero del demanio marittimo e di custodia di musei, gallerie o pinacoteche; c) prestazioni di lavoro in opere di tutela della flora e della fauna e di prevenzione del randagismo degli animali; d) prestazioni di lavoro nella manutenzione e nel decoro di ospedali e case di cura o di beni del demanio e del patrimonio pubblico ivi compresi giardini, ville e parchi, con esclusione di immobili utilizzati dalle Forze armate o dalle Forze di polizia; e) altre prestazioni di lavoro di pubblica utilità pertinenti la specifica professionalità del condannato".

[5] Art.2: Convenzioni. "L'attività non retribuita in favore della collettività è svolta sulla base di convenzioni da stipulare con il Ministero della Giustizia o, su delega di quest'ultimo, con il Presidente del tribunale, nell'ambito e a favore delle strutture esistenti in seno alle amministrazioni, agli Enti o alle organizzazioni indicati nell'art. 1, comma 1. Le convenzioni possono essere stipulate anche da amministrazioni centrali dello Stato con effetto per i rispettivi uffici periferici. Nelle convenzioni sono indicate specificamente le attività in cui può consistere il lavoro di pubblica utilità e vengono individuati i soggetti incaricati, presso le amministrazioni, gli Enti o le organizzazioni interessati, di coordinare la prestazione lavorativa del condannato e di impartire a quest'ultimo le relative istruzioni. Nelle convenzioni sono altresì individuate le modalità di copertura assicurativa del condannato contro gli infortuni e le malattie professionali nonché riguardo alla responsabilità civile verso i terzi, anche mediante polizze collettive. I relativi oneri sono posti a carico delle amministrazioni, delle organizzazioni o degli Enti interessati".

[6] Rammentiamo che il comma 5 *bis* dell'art. 73, travolto dalla pronuncia di incostituzionalità dell'art. 4 *bis* del d.l. 30 dicembre 2005 n. 272 di cui alla sentenza della Corte Cotituzionale n. 32 del 25 febbraio 2014, è stato poi nuovamente reintrodotto dal d.l. n. 36 del 20 marzo 2014 convertito in legge n. 79 del 16 maggio 2014.

Si veda anche il d.l. n. 78 del primo luglio 2013, convertito, con emendamenti, in legge n. 94 del 9 agosto 2013, che ha introdotto il nuovo comma 5 *ter* nell'art. 73 del T.U. in materia di stupefacenti, prevedendo che il lavoro di pubblica utilità possa fungere da sanzione sostitutiva, per una sola volta, in favore di un soggetto tossicodipendente o assuntore abituale di sostanze stupefacenti o psicotrope, per qualsiasi tipo di reato commesso, per il quale il giudice infligga una pena non superiore ad un anno di detenzione, sempre che vi sia una connessione con la condizione di dipendenza o di assunzione abituale e salvo che si tratti di reato previsto dall'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale o di reato contro la persona.

la legge ricollega l'estinzione del reato[7]. Nel 2003 la competenza in materia di guida in stato di ebbrezza è tornata ad essere prerogativa del Tribunale in composizione monocratica: la fattispecie mantiene la natura contravvenzionale, ma viene punita con pena congiunta, inibendosi, così, l'applicazione dell'oblazione.

Risale invece al 2006 l'introduzione della previsione di cui all'art. 224 *bis* C.d.S., secondo cui il giudice può applicare la misura del lavoro di pubblica utilità quale sanzione amministrativa accessoria in caso di condanna per delitto colposo commesso con violazione delle norme del codice della strada[8].

In materia di sicurezza stradale, la svolta è rappresentata dalla citata legge n. 120 del 2010. Il lavoro di pubblica utilità è previsto rispetto alle fattispecie di cui agli articoli 186 comma 2 e 187 comma 1 del d.lgs. n. 285 del 1992 (reati di guida in stato di ebbrezza e di alterazione per l'uso di sostanze stupefacenti) quale sanzione sostitutiva, condizionata esclusivamente alla mancata opposizione del condannato, facendosi rinvio alla disciplina di cui agli artt. 54 e ss. del d.lgs. n. 274 del 2000 quale disciplina generale nei limiti della compatibilità. La novità non risiede, peraltro, nella reintroduzione della possibilità di sostituire le sanzioni previste dagli articoli citati con il lavoro di pubblica utilità, quanto nelle conseguenze premiali che vengono ricollegate all'espletamento corretto della prestazione lavorativa non retribuita[9]: il legislatore ha infatti previsto l'estinzione del reato, il dimezzamento del periodo di sospensione della patente di guida e la revoca della confisca obbligatoria del veicolo. Non stupisce pertanto che, a fronte dei cospicui benefici previsti, le richieste di ammissione alla sostituzione si siano moltiplicate con ciò incidendo significativamente in termini di domanda e offerta anche sulla stipulazione di convenzioni tra Ministero o Tribunale ed Enti presso cui svolgere l'attività lavorativa gratuita[10].

Nonostante il rinvio, nei limiti di compatibilità, alla normativa generale di cui al d.lgs. n. 274 del 2000, risultano evidenti delle sostanziali differenze di disciplina. In primo luogo, come abbiamo già evidenziato, nel sistema del giudice di pace la sostituzione avviene su richiesta di parte, mentre, per quanto concerne la guida in stato di ebbrezza o sotto l'influsso di sostanze

[7] Dopo un primo momento di incertezza, la Cassazione riconobbe la possibilità di applicare l'istituto anche ai reati contravvenzionali di competenza del giudice di pace e, più specificamente, proprio alla guida in stato di ebbrezza: "Il reato di guida in stato di ebbrezza, previsto dall'art. 186, comma 2, c. strad., in quanto sanzionabile, se giudicato dal giudice di pace, ai sensi del combinato disposto degli art. 4, comma 2, lett. q), e 52, comma 2, lett. c), d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274 (salvo che ricorra la recidiva qualificata di cui al comma 3 dello stesso art. 52), con pena pecuniaria ovvero con quella della permanenza domiciliare o del lavoro di pubblica utilità (entrambe assimilate, per ogni effetto giuridico, dall'art. 58, comma 1, alla pena detentiva originariamente prevista), deve ritenersi ricompreso tra le contravvenzioni punite con pena alternativa, relativamente alle quali può trovare applicazione, salvo espressa deroga, l'oblazione prevista dall'art. 162 *bis* c.p." (Cass. pen., 30.10.2002, n. 40121, in *Riv. pen.*, 2003, 236). Cfr., per l'esame di alcune problematiche poste dalla riforma, Mattevi E., *Guida in stato di ebbrezza ed oblazione. Problemi di diritto intertemporale,* in *Dir. & Form.*, 2004, v. 4, n. 7, 1057 ss.

[8] Anche con riferimento a questa sanzione dalla natura particolare, non si è mancato di notare come non sia richiesto il consenso dell'imputato. Parte della dottrina ha però sottolineato come le argomentazioni che normalmente vengono addotte a suffragio della necessità del consenso dell'imputato, ed in particolare il riferimento a due testi normativi di portata sovranazionale, non appaiano dirimenti. Si tratta dell'art. 4 comma 2 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e degli artt. 1 e 2 della Convenzione sul lavoro forzato, n. 29 del 1930, del *Bureau International du Travail*, entrambe convenzioni ratificate dall'Italia che impongono il divieto del lavoro forzato od obbligatorio. I medesimi testi normativi, infatti, prevedono un'eccezione proprio per l'ipotesi del lavoro richiesto ad un soggetto detenuto o sottoposto a libertà condizionata in forza di condanna emessa da un organo giurisdizionale. La medesima dottrina, quale ulteriore argomento per corroborare la tesi della non necessità del consenso, cita anche il dettato di cui all'art. 23 Cost., in cui si stabilisce che "nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge". Cfr. in questo senso: Travaglia Cicirello T., *La "nuova" frontiera del lavoro di pubblica utilità quale* sanzione amministrativa accessoria, *cit.*, 1354 ss.; Potetti D., *Il lavoro di pubblica utilità di cui all'art. 224 bis C. Strad.*, in *Cass. pen.*, 2010, 297 ss. Pur apprezzando le argomentazioni addotte, non si può non convenire con chi collega la necessità del consenso all'ideale rieducativo sotteso alla pena medesima: essa potrà essere rieducativa solo in quanto il condannato sia disposto ad "accettarla". In questo senso: Leoncini I., *La pena del lavoro di pubblica utilità: problematiche applicative*, in *Arch. giur.*, 2003, 395.

[9] Rammentiamo che il medesimo intervento legislativo, se da un lato ha privilegiato un'ottica di favore per il condannato, prevedendo la possibilità di sostituzione citata oltre che i correlativi benefici premiali in ipotesi di corretto espletamento, dall'altro ha previsto un correlativo inasprimento sanzionatorio. Questa duplice anima della riforma ha comportato anche un'interessante problematica concernente la materia della successione di leggi penali nel tempo e di individuazione della normativa più favorevole. Cfr. sul punto: Dies R., *La riforma del reato di guida in stato di ebbrezza e successione di leggi (penali e non) nel tempo*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 318 ss.

[10] Si è mosso in questo senso significativamente il Tribunale di Milano che ha indetto in data 14 giugno 2012 un bando aperto per la sottoscrizione di convenzioni per lo svolgimento del lavoro di pubblica utilità. Volendo fornire qualche riferimento numerico su scala nazionale: nel 2010 le persone ammesse al lavoro di pubblica utilità sono state 62; 830 nel 2011, 1341 solo nei primi 4 mesi del 2012. Di questi 1341 condannati, 884 hanno violato disposizioni relative al Codice della Strada, 19 hanno integrato fattispecie relative al traffico di stupefacenti (dati dell'UEPE del Ministero della Giustizia). Certamente collegato al fiorire dell'applicazione della misura in oggetto è anche il rinnovato interesse della dottrina e degli operatori del diritto che si sono interessati soprattutto ad alcune problematiche relative al profilo applicativo della misura. Per una completa trattazione di queste tematiche si rinvia a: Cozzi F., Trinci A., *La sanzione sostitutiva del lavoro di pubblica utilità per reati di guida in stato di ebbrezza o di intossicazione da sostanze stupefacenti*, in *Dir. pen. cont.*, 24 febbraio 2012.

psicotrope, è sufficiente la non opposizione dell'imputato[11]. In secondo luogo appare diversa la disciplina relativa alla durata della misura che, secondo l'art. 54, comma 2, del d.lgs. n. 274 del 2000, non può essere inferiore ai 10 giorni né superiore ai 6 mesi, mentre, nel caso del comma 9 *bis* dell'art. 186 C.d.S, "ha una durata corrispondente a quella della sanzione detentiva irrogata e della conversione della pena pecuniaria ragguagliando 250,00 Euro ad un giorno di lavoro di pubblica utilità". Sono infine diverse le conseguenze legate alla violazione degli obblighi imposti. Il d.lgs. n. 274 del 2000, infatti, contempla una fattispecie delittuosa *ad hoc*, rubricata violazione degli obblighi (art. 56), che prevede la sanzione della reclusione fino ad un anno; nel caso di cui al comma 9 *bis* dell'art. 186 e del comma 8 *bis* dell'art. 187 C.d.S., si prevede invece che, in caso di violazione degli obblighi connessi alla prestazione lavorativa, il giudice che procede o il giudice dell'esecuzione, a richiesta del P.M. o d'ufficio, con le formalità di cui all'art. 666 c.p.p., tenuto conto dei motivi, dell'entità e delle circostanze della violazione, disponga la revoca della pena del lavoro di pubblica utilità, con ripristino della pena sostituita, nonché della sanzione amministrativa della sospensione della patente e della confisca[12].

Quanto alla natura giuridica del lavoro di pubblica utilità per l'ipotesi qui in considerazione, il legislatore si esprime in termini di sanzione sostitutiva[13]. Tuttavia, rispetto alle sanzioni sostitutive di cui alla legge n. 689 del 1981, esso presenta una serie di peculiarità: si caratterizza per la premialità sopra descritta che diventa centrale nella portata applicativa dell'istituto medesimo[14], profilo quest'ultimo del tutto estraneo alle pene sostitutive tradizionali; può essere

[11] Interessante è a questo riguardo il dibattito relativo all'esegesi del concetto di "mancata opposizione" in cui si consustanzia il consenso del condannato. Pare che la *ratio* di detta previsione sia da cogliere nell'intenzione del legislatore di consentire l'applicazione dell'istituto anche nei procedimenti speciali in cui manca il contraddittorio. Così: Cozzi F., Trinci A., *La sanzione sostitutiva del lavoro di pubblica utilità per reati di guida in stato di ebbrezza o di intossicazione da sostanze stupefacenti*, *cit.*, 2 ss. Ci si domanda quale sia il momento in cui debba essere esternato il consenso dell'imputato o comunque la sua non opposizione e quali le implicazioni relativamente alla competenza a disporre la sostituzione. A questo proposito, a fronte dell'ordinanza con cui il G.I.P. di Benevento sollevava, con riferimento agli artt. 3 e 27 Cost., questione di legittimità dell'art. 186 comma 9 *bis* C.d.S. nella parte in cui non riconosce anche al giudice dell'esecuzione la competenza a sostituire le pene dell'arresto e dell'ammenda con la pena del lavoro di pubblica utilità, si è espressa recentemente la Corte Costituzionale con ordinanza n. 43 dell'11 marzo 2013, dichiarando la questione manifestamente infondata. Dal tenore letterale della norma, infatti, come peraltro condiviso dal medesimo giudice remittente, non è dato riconoscere detta competenza anche al giudice dell'esecuzione, la cui competenza è limitata unicamente alla revoca della pena del lavoro di pubblica utilità con ripristino della pena sostituita. Il giudice *a quo* aveva in particolare rilevato la disparità di trattamento tra imputato e condannato, sulla base della considerazione che l'imputato potrebbe non aver richiesto a tempo debito la sostituzione a causa di situazioni contingenti e comunque a lui non addebitabili (difetto di conoscenza dei benefici premiali connessi allo svolgimento del lavoro di pubblica utilità o mancato reperimento di un Ente convenzionato disposto ad accoglierlo). La Consulta sottolinea a questo proposito che l'argomento appare stridente con la disciplina normativa dell'istituto, che non impone la richiesta di sostituzione della sanzione da parte dell'imputato, né tanto meno che il medesimo sia gravato dall'onere di definire le modalità di esecuzione della misura, ciò rientrando nella competenza del giudice. Cfr.: Corte Cost. 11 marzo 2013, n. 43, con nota di Napoleoni V., *Lavoro sostitutivo per la guida in stato di ebbrezza: conforme a costituzione l'inapplicabilità* in executivis, *cit.*, 378-379. Sul punto, cfr. in dettaglio *infra*, *sub* parr. 3 e 5.

[12] Si noti che la revoca non è di fatto automatica, potendo il giudice limitarsi a comminare nuove e diverse prescrizioni o a modificare semplicemente le preesistenti. Il giudice, infatti, ha discrezionalità nel valutare "i motivi, l'entità e le circostanze della violazione". Altro aspetto interessante è quello riguardante la riviviscenza dell'originaria sanzione, essendo particolarmente dibattuto se sia possibile una rideterminazione della pena che tenga conto del pre-sofferto. Infine lascia perplessi la formulazione adottata dal legislatore che, in caso di revoca della sanzione sostitutiva, si esprime in termini di ripristino della sospensione della patente e della confisca, invero disposte con la sentenza che prevede la sostituzione e destinate ad essere modificate unicamente a valle del buon esito del lavoro. Per una presa di posizione circa la possibilità di tenere conto del pre-sofferto e una possibile lettura interpretativa dell'inciso, si rinvia a: Cozzi F., Trinci A., *La sanzione sostitutiva del lavoro di pubblica utilità per reati di guida in stato di ebbrezza o di intossicazione da sostanze stupefacenti*, *cit.*, 17-18.

[13] Cfr. a riguardo: Cass. pen., 17 ottobre 2010, n. 42649, in cui incidentalmente si afferma che, ove non disposto diversamente e sempre nei limiti della compatibilità, debba valere nel caso di specie la disciplina generale di cui alla legge n. 689 del 1981 relativa alle pene sostitutive. Questo in conseguenza del rinvio operato dallo stesso legislatore del Codice della strada al d.lgs. n. 274 del 2000, che rileverebbe ai fini dell'individuazione delle modalità di applicazione, ma non potrebbe certo alterare la natura giuridica della sanzione da sostitutiva a principale.

[14] Sottolineiamo immediatamente che la corretta esecuzione della pena comporta l'estinzione del reato e non della pena medesima, come sarebbe stato forse maggiormente logico aspettarsi. Sulla complessa e non univoca natura giuridica della sanzione e sulle implicazioni connesse in termini di momento di esecuzione della medesima, cfr. *infra*.

eseguita anche prima del passaggio in giudicato della sentenza[15]; prevede un'espressa causa di revoca ad opera del giudice che procede ovvero del giudice dell'esecuzione, quando invece le sanzioni sostitutive sono appannaggio esclusivo, per quanto concerne modifiche e revoca, della Magistratura di sorveglianza[16].

In realtà, i primi due tratti caratterizzanti richiamati (premialità e possibilità di esecuzione prima del passaggio in giudicato della sentenza) sono tali da far dubitare fortemente della natura giuridica del lavoro di pubblica utilità quale sanzione sostitutiva. Anzi sembrano evocare il diverso istituto della messa alla prova di cui all'art. 28 del d.P.R. n. 448 del 1988. Ed infatti, rispetto a quest'ultimo istituto, è possibile rinvenire considerevoli tratti comuni: la decisione da parte del giudice di cognizione relativa alla concessione della misura; il susseguente periodo di prova, che nel nostro caso coincide con il periodo di svolgimento della mansione lavorativa; la fissazione di una nuova udienza per la valutazione del buon esito o meno; la conseguente estinzione del reato quale esito positivo. Permane, peraltro, anche rispetto a questo diverso istituto, una differenza di non poco momento: la messa alla prova comporta la sospensione del procedimento e l'estinzione del reato viene dichiarata, in corso di causa, ad opera del giudice procedente; nel caso in oggetto, invece, l'estinzione del reato ed i correlativi benefici possono intervenire esclusivamente a valle della sentenza, dato l'inequivoco tenore letterale della norma che richiede che la sostituzione sia disposta in sentenza[17].

Si rammenta, da ultimo, la recente introduzione dell'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova anche per i soggetti maggiorenni, intervenuta ad opera della legge n. 67 del 28 aprile 2014. Il lavoro di pubblica utilità riveste qui un'importanza centrale, divenendo condizione necessaria per l'ammissione al beneficio, ed assume caratteristiche peculiari rispetto a durata e luogo di svolgimento della prestazione lavorativa. In particolare, poi, dal fatto che il nuovo art. 168 *bis* c.p., introdotto dalla citata legge, non preveda espressamente alcun obbligo di preventiva stipula di una convenzione da parte dell'Ente e non faccia neppure rinvio al d.m. 26 maggio 2001, parrebbe in questo caso doversi dubitare della necessità di una previa stipulazione di una convenzione da parte dell'Ente.

3. Finalità della sanzione e principali arresti giurisprudenziali.

La finalità precipua della sanzione del lavoro di pubblica utilità risiede nella rieducazione del condannato, riconosciuta dall'art. 27, comma 3, della Costituzione. Come è stato rilevato, la stessa scelta del legislatore penitenziario di fare del lavoro il principale elemento di preven-

[15] La dottrina sul punto è divisa, anche se appare maggiormente consolidata e condivisibile l'opinione di quanti ritengono che la sanzione possa essere eseguita anche prima del passaggio in giudicato della sentenza. Tra le altre argomentazioni, dirimente appare il dettato del comma 9 *bis* dell'art. 186 C.d.S, in base al quale "in caso di violazione degli obblighi connessi allo svolgimento del lavoro di pubblica utilità, *il giudice che procede* o il giudice dell'esecuzione…, dispone la revoca della pena sostitutiva…", con ciò intendendosi che la verifica sul corretto espletamento dell'attività lavorativa possa essere condotta anche dal giudice di cognizione, nonchè la previsione per cui il giudice, nell'applicare la sostituzione, deve incaricare l'ufficio locale di esecuzione penale ovvero gli organi di cui all'articolo 59 del d.lgs. n. 274 del 2000 di verificare l'effettivo svolgimento del lavoro di pubblica utilità. Fondamentale in quest'ottica appare però, come vedremo *infra*, la richiesta da parte dell'imputato di immediata esecuzione o comunque la sua non opposizione. È infatti evidente il suo interesse ad assolvere quanto prima agli obblighi imposti dalla sanzione per potersi vedere riconosciuti i relativi benefici. In quest'ottica, in luogo di attendere che la richiesta venga formulata in sede di opposizione al decreto penale di condanna, con notevole aggravio di tempi e spese, la prassi, in alcune realtà, sta sollecitando un modo di operare virtuoso che prevede l'attivazione da parte dell'imputato, il quale, a mezzo del proprio difensore, è chiamato a presentare al P.M. un programma dettagliato in cui sia indicato l'Ente e l'attività da svolgersi, oltre ai tempi e alle modalità, e ad esprimere il consenso all'esecuzione immediata così da consentire al G.I.P., ove richiesta, l'emanazione del decreto penale di condanna con sostituzione della pena, sempre che la pena appaia congrua ed il programma idoneo. Cfr. il Protocollo del Tribunale di Firenze di data 24 gennaio 2013, in www.magistraturademocratica.it, in cui si propone alla prefettura di inoltrare al destinatario dell'ordinanza di sospensione della patente di guida un avviso in cui lo si informi della possibilità di richiedere la sostituzione del lavoro di pubblica utilità e di ottenere i benefici conseguenti al corretto svolgimento dell'attività lavorativa non retribuita, di modo che lo stesso si attivi in tempo utile affinché il decreto di condanna già contempli la sostituzione e la possibilità di esecuzione prima del passaggio in giudicato della sentenza. Nel medesimo senso, e dunque nell'ottica di favorire il ricorso al decreto penale di condanna che già disponga la sostituzione della pena con il lavoro di pubblica utilità, appare orientato anche il Tribunale di Bolzano, così come è emerso dalla relazione del dott. Busato tenutasi a Trento, nell'ambito dei "Dialoghi di diritto e procedura penale", in data 23 ottobre 2012, dal titolo "*Guida in stato di ebbrezza e lavori di pubblica utilità, primi bilanci e prassi applicative nel "programma di gestione" del Tribunale di Bolzano*". Come abbiamo già sottolineato, il C.d.S. non fa alcun riferimento alla necessità che l'imputato si attivi per richiedere la sostituzione; invece, nella misura in cui voglia godere al meglio e in tempi brevi delle conseguenze premiali previste, è necessaria la sua sollecita richiesta. I diversi profili, dunque, del momento di esecuzione della sanzione sostitutiva, della natura della sanzione medesima e dell'onere di attivazione sono invero strettamente collegati.

[16] Su quest'ultimo punto, cfr. in dettaglio *infra*, par. 4.

[17] Sottolinea la natura ibrida dell'istituto, tra gli altri: Innocenti L., *Nota a Tribunale Firenze, 7 aprile 2011, n. 582*, *cit.*

zione speciale positiva rende evidente come questo strumento abbia grandi potenzialità nella prospettiva del reinserimento del condannato nella comunità e della promozione della presa di coscienza, da parte del reo, delle proprie responsabilità nei confronti del reato, della vittima e della società. In conformità a queste premesse, il lavoro – vera e propria occasione per il recupero di un rapporto non conflittuale con la società – è stato con il tempo elevato anche al grado di sanzione penale autonoma, principale o sostitutiva[18].

Così come non vi sono dei criteri specifici da considerare per la scelta del lavoro di pubblica utilità nell'ambito della disciplina del processo penale davanti al giudice di pace, anche l'art. 186 comma 9 *bis* C.d.S. si limita ad affermare che la pena detentiva e pecuniaria "può essere sostituita" con quella del lavoro socialmente utile, da svolgere, in via prioritaria, nel campo della sicurezza e dell'educazione stradale. Fermo il fatto che il lavoro deve essere svolto con modalità e tempi "che non pregiudichino le esigenze di lavoro, di studio, di famiglia e di salute del condannato" (art. 54 comma 3 d.lgs. n. 274 del 2000), la sostituzione rientra nella discrezionalità giudiziale, nel senso che l'organo giudicante deciderà per la sostituzione sulla base dei criteri di cui agli artt. 132 e 133 c.p. e, naturalmente, del parametro costituzionale di cui all'art. 27, comma 3 Cost., *sub specie* dell'idoneità della misura a tendere alla rieducazione del condannato[19]. L'ambito nel quale l'attività dovrebbe essere svolta in via prioritaria, del resto, parrebbe indicativo "del particolare finalismo rieducativo che il legislatore ha inteso imprimere alla misura"[20].

La giurisprudenza costituzionale e quella di legittimità hanno sottolineato in più di un'occasione detta finalità, enfatizzandone la portata.

Basti ricordare la recente sentenza della Corte Costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 54, comma 3, del d.lgs. n. 274 del 2000, nella parte in cui non prevede la possibilità per il condannato che lo richieda di svolgere l'attività di lavoro gratuito al servizio della comunità anche in una provincia diversa da quella di residenza. L'accoglimento della questione si fonda, infatti, anche sulla violazione dell'art. 27 comma 3 Cost., in quanto i principi affermati in materia di legislazione penitenziaria per la massima valorizzazione di tutti gli sforzi compiuti dal singolo condannato e dalle istituzioni per conseguire il fine della rieducazione "ben si adattano anche a fattispecie come quelle in esame, nelle quali le finalità rieducative della pena e il recupero sociale del soggetto sono particolarmente accentuati e sono perseguiti mediante la volontaria prestazione di attività non retribuita a favore della collettività"[21].

In quest'ottica di progressivo ampliamento della portata applicativa della sanzione del lavoro di pubblica utilità già si era posta la pronuncia della Corte Costituzionale relativa all'estensibilità della previsione anche ai conducenti "a rischio elevato", indicati al comma 1 dell'art. 186 *bis* C.d.S. Il G.I.P. del Tribunale di Bolzano aveva sollevato questione di legittimità costituzionale, con riferimento agli artt. 3 e 27 comma 3 Cost., della norma di cui all'art. 186 *bis* comma 6 C.d.S., in quanto riteneva espressamente applicabili ai casi in questione diversi commi del precedente articolo 186, ma non il comma 9 *bis,* ove è prevista la possibilità di applicazione della sanzione sostitutiva del lavoro di pubblica utilità. Le conclusioni della Corte, che ha dichiarato la questione infondata ritenendo estensibile la portata applicativa della norma a detti soggetti, sono basate sulla qualificazione dell'articolo 186 *bis* C.d.S. come

[18] Così: Romanelli S., *Il lavoro di pubblica utilità come sanzione penale principale,* in *Dir. pen. proc.*, 2007, 240 ss. Cfr. anche Eusebi L., *Strumenti di definizione anticipata del processo e sanzioni relativi alla competenza penale del giudice di pace: il ruolo del principio conciliativo*, in Picotti L., Spangher G. (a cura di), *Competenza penale del giudice di pace e "nuove" pene non detentive. Effettività e mitezza della sua giurisdizione*, Milano, 2003, 59 ss.; Panizzo F., *Il lavoro di pubblica utilità*, in Aa.Vv., *Il sistema sanzionatorio nel procedimento penale davanti al giudice di pace*, Milano, 2005, 69 ss. Si incontrano anche voci discordanti: Morrone A., *Nuove sanzioni alternative alla detenzione: il lavoro a favore della comunità*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 1033 ss.

[19] Cfr.: Amato G., *La sostituzione della pena con il lavoro di pubblica utilità alla prova della Cassazione,* in *Cass. pen.*, 2009, 329 s., pur con riferimento all'affine disciplina degli stupefacenti (art. 73 comma 5 *bis* d.P.R. n. 309 del 1990). Trattandosi di sanzione sostitutiva, un utile riferimento può essere rappresentato anche dall'art. 58 della legge n. 689 del 1981.

[20] Cfr.: Napoleoni V., *Lavoro sostitutivo per la guida in stato di ebbrezza: conforme a costituzione l'inapplicabilità* in executivis, *cit.*, 374.

[21] Cfr.: Corte Cost., 5 luglio 2013, n. 179, in *Dir. pen. cont.*, 8 luglio 2013, con cui la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 54 comma 3 del d.lgs. n. 274 del 2000, laddove non prevede che "se il condannato lo richiede, il giudice può ammetterlo a svolgere il lavoro di p.u. fuori dall'ambito della provincia in cui risiede", in accoglimento delle censure sollevate dai Tribunali di Sant'Angelo dei Lombardi e di Matera, che contestavano la violazione del principio di uguaglianza ex art. 3 Cost., anche in considerazione di una non omogenea stipulazione di convenzioni sul territorio nazionale, dell'art. 27 comma 3 Cost. perché il vincolo territoriale frustrerebbe la finalità rieducativa della pena *ivi* cristallizzata, ed infine dell'art. 29 Cost., perché il limite territoriale potrebbe pregiudicare le esigenze di lavoro, di studio, di famiglia e di salute del reo.

circostanza aggravante della guida sotto l'influenza dell'alcool, con applicazione dell'intero trattamento sanzionatorio previsto dalla norma base [22].

Con riferimento alla giurisprudenza di legittimità, si è affermato in più occasioni che ai fini della sostituzione – che può essere disposta anche per l'ipotesi in cui il giudice abbia già operato la sostituzione della pena detentiva con quella pecuniaria[23] – non è richiesto dalla legge che l'imputato debba indicare l'istituzione presso cui intende svolgere l'attività o le modalità di esecuzione della misura, essendo sufficiente che egli non esprima la sua opposizione[24], con la precisazione che – come è stato recentemente ricordato – la sostituzione non costituisce un vero e proprio "diritto" dell'imputato, essendo la relativa applicazione rimessa all'apprezzamento discrezionale del decidente, proprio tenendo conto anche della predetta finalità rieducativa[25].

4. La modifica delle modalità di esecuzione del lavoro di pubblica utilità. Alcune questioni sullo sfondo dell'ordinanza del Tribunale di Palermo.

Dalla lettura dell'ordinanza del Tribunale di Palermo emerge come essa sia stata pronunciata dal giudice dell'esecuzione.

La sentenza di applicazione della pena con la quale la sanzione principale veniva sostituita con il lavoro di pubblica utilità in forza del disposto dell'art. 186 comma 9 *bis* C.d.S.[26] e con la quale venivano stabilite le modalità di esecuzione del lavoro di pubblica utilità, risale infatti al 18 dicembre 2012 e alla data dell'ordinanza, 3 agosto 2013, precedente all'inizio dell'esecuzione dei lavori, risulta passata in giudicato[27].

Ciò consente, almeno per il caso in esame, di considerare superate una serie di problematiche assai complesse che sono state poste da subito all'attenzione degli operatori del diritto. Esse sono in qualche misura da ricollegare alla peculiarità della scelta legislativa di introduzione di un istituto che ha la natura di sanzione sostitutiva, ma che presenta delle peculiarità e, soprattutto, qualche affinità con altre misure di *probation,* determinando, in ipotesi di esito positivo, l'estinzione del reato ed ulteriori benefici sul fronte della confisca e della sanzione amministrativa della sospensione della patente. Se è vero che non può certo dirsi escluso dalla lettera della norma che la sentenza possa passare in giudicato prima dell'udienza prodromica alle statuizioni definitive, è anche vero che è contemplata la possibilità che sia il giudice che procede (e non solo il giudice dell'esecuzione) a revocare la pena sostitutiva qualora il condannato incorra in violazione degli obblighi. Pare quindi che l'esecuzione del lavoro possa iniziare prima del passaggio in giudicato della sentenza, su istanza del condannato[28], alimentando il ragionevole dubbio che sarebbe stato preferibile ricorrere dichiaratamente, in tale ipotesi, al modello della "messa alla prova" elaborato in ambito minorile, ancorché successiva

[22] Cfr.: Corte Cost., 27 giugno 2012, n. 167, con nota di Reccia E., *Secondo la Corte costituzionale il lavoro di pubblica utilità è applicabile anche nei casi di cui all'art. 186 bis cod. str.*, in *Dir. pen. cont.,* 3 luglio 2012

[23] Cass. pen., 2 gennaio 2013, n. 71, in cui è stato affermato che la pena detentiva comminata per la guida in stato di ebbrezza può essere sostituita con un'ammenda, che a sua volta può essere sostituita con il lavoro di pubblica utilità. La Corte di Cassazione, nel caso di specie, ha rigettato il ricorso del Procuratore Generale presso la Corte di Appello di Brescia secondo cui la sostituzione con lavoro di pubblica utilità deve avere ad oggetto una pena vera e propria e non già un'ulteriore sanzione sostitutiva.

[24] *Ex plurimis*: Cass. pen., 2 febbraio 2012, n. 4927, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 643; Cass. pen., 15 novembre 2013, n. 45919.

[25] Cass. pen., 2 dicembre 2013, n. 47897 (non massimata).

[26] Non risulta chiaro, invece, dall'esame di questa sola ordinanza, il criterio di ragguaglio che era stato utilizzato in sede di patteggiamento tra la pena detentiva e pecuniaria ed il lavoro di pubblica utilità, se si tiene conto che quest'ultimo, in forza del disposto dell'art.186 comma 9 *bis* C.d.S, dovrebbe avere una durata corrispondente a quella della sanzione detentiva irrogata e della conversione della pena pecuniaria, ragguagliando 250 Euro ad un giorno di lavoro di pubblica utilità.

[27] Come si legge in conclusione dell'ordinanza, la sentenza viene qualificata come "passata in giudicato".

[28] Cfr. nota n. 15 in dettaglio. Si vedano inoltre, sul punto, le considerazioni svolte nell'ordinanza del Tribunale di Rovereto, ord. 29 settembre 2001, in *Dir. pen. cont.*, 5 ottobre 2011, con la precisazione che "la presunzione di innocenza che la nostra Costituzione impone sino alla condanna definitiva (art. 27, comma 2) preclude la possibilità di esecuzione forzata di una pena anche sostitutiva nei confronti di un condannato in primo grado prima del passaggio in giudicato della condanna.[…] Ciò che invece è possibile perché non contrasta né con il diritto alla difesa né con la presunzione di innocenza, è che il condannato in primo grado presti il proprio consenso ad iniziare sin da subito l'esecuzione del lavoro di pubblica utilità", prima della definitività della pronuncia.

ad una sentenza di condanna meramente "provvisoria"[29]. L'art. 186 comma 9 *bis* C.d.S., del resto, senza richiamare l'art. 666 c.p.p., si limita genericamente a prevedere che il giudice fissi d'ufficio una nuova udienza e dichiari estinto il reato, in ipotesi di svolgimento positivo del lavoro di pubblica utilità, mentre la sentenza di condanna – durante l'attività lavorativa – può considerarsi sottoposta ad una sorta di "condizione sospensiva", per quanto riguarda le misure della confisca e della sospensione della patente, perdurando invece il sequestro del veicolo e la sospensione provvisoria della patente disposti dall'autorità amministrativa.

Riconsiderando quindi l'ordinanza in esame, ci si può interrogare sul fondamento normativo dell'istanza che è stata formulata al Tribunale di Palermo. Essa si fonda presumibilmente sull'art. 44 d.lgs. n. 274 del 2000, che rinvia, per i profili processuali, alle disposizioni dell'art. 666 c.p.p.

Il giudice – nonostante la disciplina del comma 9 *bis* dell'articolo 186 C.d.S. non preveda, a differenza di quanto espressamente statuito in tema di competenza penale del giudice di pace (art. 44 d.lgs. n. 274 del 2000, il quale si esprime in termini di "motivi di assoluta necessità"), la possibilità di modifica delle modalità esecutive del lavoro di pubblica utilità – ha ritenuto di estendere detta previsione al caso di specie[30]. Anche l'art. 5, comma 1, d.m. 26 marzo 2001, rinvia, del resto, al medesimo articolo per l'ipotesi in cui il P.M. debba rivolgersi al giudice per ottenere una modifica, avendo accertato che l'amministrazione, l'organizzazione o l'Ente presso i quali il lavoro avrebbe dovuto essere svolto non sia più convenzionato o abbia cessato la propria attività.

Applicando queste disposizioni, la competenza per la modifica appartiene al giudice dell'esecuzione, ma non si può dimenticare come l'inquadramento della sanzione del lavoro di pubblica utilità di cui all'art. 186 comma 9 *bis* C.d.S. nell'ambito delle pene sostitutive abbia fatto sorgere il dubbio che non si dovesse invece applicare l'art. 64 della legge n. 689 del 1981, relativo alla modifica delle modalità di esecuzione della semidetenzione e della libertà controllata, riconoscendo competente il Magistrato di sorveglianza.

Se si considera però che l'art. 186 comma 9 *bis* C.d.S. individua nel *giudice che procede* o nel giudice dell'esecuzione – a differenza di quanto previsto dall'art. 66 della legge n. 689 del 1981 – l'autorità competente a disporre la revoca della pena sostitutiva con ripristino di quella sostituita e che comunque esso si riferisce genericamente al lavoro di cui all'art. 54 d.lgs. n. 274 del 2000, e quindi alla disciplina contenuta in quel decreto legislativo, salvo che non sia diversamente previsto (per la durata, ad esempio), è facile comprendere come la Cassazione non avrebbe che potuto concludere per la competenza del giudice dell'esecuzione, in ipotesi di modifica. In particolare, la Suprema Corte si è pronunciata a favore della competenza del Tribunale di Mantova, quale giudice dell'esecuzione, su di un conflitto di competenza sollevato dal Magistrato di sorveglianza di Brescia non molti giorni prima dell'ordinanza palermitana e proprio con riferimento ad un'ipotesi in cui era stata formulata una richiesta di "modifica del nominativo dell'associazione presso la quale svolgere il lavoro di pubblica utilità"[31].

Quanto ai presupposti per la sostituzione, qualche perplessità può forse sorgere in merito alla mancata valutazione, da parte del giudice dell'esecuzione, della tipologia di attività che il condannato avrebbe dovuto svolgere nell'Ente originariamente individuato e di quella che ora andrà invece ad effettuare, visto che non si tratta di una semplice sostituzione del "luogo" in cui i lavori si andranno ad eseguire, ma invece – più ampiamente – dell'Ente di riferimento (Parrocchia in luogo dell'Assessorato del lavoro e della Previdenza Sociale) e quindi presumibilmente dell'attività, che il giudice di cognizione deve aver considerato nel momento in cui ha applicato la sanzione sostitutiva. E' vero tuttavia che, su questo punto, del tutto comprensibilmente la giurisprudenza si sta dimostrando estremamente flessibile[32].

Se si considera invece quanto evidenziato in merito alla sensibilità manifestata dalla giurisprudenza, anche costituzionale, verso un'applicazione sempre più ampia dell'istituto, si ritiene

[29] Come evidenzia la dottrina che ha proposto tale lettura, in tal caso il termine di impugnazione dovrebbe decorrere dal momento in cui viene ripristinata la pena sostituita a seguito dell'esito negativo della *probation:* Cozzi F., Trinci A., *La sanzione sostitutiva del lavoro di pubblica utilità per reati di guida in stato di ebbrezza o di intossicazione da sostanze stupefacenti, cit.*, 13.

[30] In senso analogo, in dottrina, cfr.: Cozzi F., Trinci A., *La sanzione sostitutiva del lavoro di pubblica utilità per reati di guida in stato di ebbrezza o di intossicazione da sostanze stupefacenti*, *cit.*, 9.

[31] Cass. pen., 9 luglio 2013, n. 29227, in CED Cassazione penale 2013.

[32] Cass. pen., 17 dicembre 2013, n. 50909, con riferimento ad un'ipotesi in cui il condannato non veniva impiegato nel settore della sicurezza e dell'educazione stradale, come previsto in sentenza, ma nel "settore Welfare, lavoro e formazione professionale dell'amministrazione provinciale".

che i "motivi di assoluta necessità"[33] che possono giustificare la modifica – che non devono essere necessariamente sopravvenuti e quindi ben possono consentire un riesame del precedente provvedimento anche in relazione a contenuti che si rivelino inadeguati *ab origine*[34] – possano ben comprendere l'interesse del richiedente ad un'anticipazione dell'attività idonea ad assicurare le finalità di recupero e di risocializzazione, anche per ottenere al più presto i benefici premiali connessi all'esito positivo del lavoro.

L'indicazione che viene dalla giurisprudenza sembra abbastanza chiara. Se la "non opposizione" può ritenersi in linea di principio sufficiente per ottenere la sostituzione, laddove sussistano i presupposti ed un concreto interesse ad ottenerla, è opportuno per l'imputato formulare la richiesta al giudice della cognizione, anche quando manchi da subito una dichiarazione di disponibilità da parte di un Ente, estendendola – in ipotesi di mancata disponibilità di Enti convenzionati nell'ambito della provincia – anche a quelli fuori provincia[35]. Qualora poi – disposta la sostituzione nel dispositivo della sentenza, con individuazione dell'Ente da parte del giudicante, al quale, almeno in linea di principio, il compito è demandato istituzionalmente – il condannato riesca ad acquisire la disponibilità di un Ente convenzionato più adeguato, anche per i tempi di svolgimento dell'attività, e comunque, nell'esecuzione del lavoro, emergano ostacoli rispetto alle pluricitate esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute, potrà insistere per una modifica in seno ad un incidente di esecuzione. In quest'ultima sede, infatti, come è stato recentemente ribadito dalla Corte Costituzionale[36], l'istanza non potrà mai essere formulata per la prima volta, restando compito proprio del giudice della cognizione l'individuazione del trattamento sanzionatorio più congruo[37].

5. La questione della scelta di un Ente non convenzionato posta dall'ordinanza in commento.

L'ordinanza in commento risulta certamente interessante anche sotto un altro profilo.

L'*iter* argomentativo appare, seppur succinto, abbastanza articolato. Prende le mosse dall'interpretazione dell'inciso "se non vi è opposizione", per argomentare che ben può il condannato opporsi rispetto alla scelta operata dal giudice circa il luogo in cui svolgere la prestazione lavorativa, se ritenuto dal medesimo confliggente rispetto alle sue "esigenze di lavoro, di studio, di famiglia e di salute", beni questi ultimi tutelati a livello costituzionale[38]. Il Tribunale ritiene pertanto conforme a legge un'interpretazione della norma che permetta al giudice dell'esecuzione, su richiesta del condannato, di individuare una nuova sede in cui svolgere la propria prestazione lavorativa non retribuita, ritenendo detta interpretazione in linea con quanto statuito recentemente dalla Consulta a proposito della possibilità di svolgere l'attività lavorativa fuori della provincia di residenza.

Nell'istanza si lamentava l'impossibilità di una pronta esecuzione del lavoro di pubblica utilità presso l'Ente individuato nel provvedimento giudiziale di condanna, cosa che avrebbe comportato un rilevante aggravio per la persona del condannato, vista la correlativa indisponibilità del veicolo, e si chiedeva pertanto la sostituzione dell'Ente con altro e non convenzio-

[33] Requisito "vago ed etereo", secondo la dottrina che si è occupata dell'art. 44 d.lgs. n. 274 del 2000: Dean G., *Le sentenze di condanna nelle dinamiche della fase esecutiva,* in Aa.Vv., *Il sistema sanzionatorio nel procedimento penale davanti al giudice di pace, cit.,* 138.

[34] Cfr.: Cozzi F., Trinci A., *La sanzione sostitutiva del lavoro di pubblica utilità per reati di guida in stato di ebbrezza o di intossicazione da sostanze stupefacenti*, *cit.*, 9.

[35] Ove l'imputato voglia avvalersi della possibilità di eseguire la propria prestazione fuori provincia, una sua richiesta risulta di certo necessaria: Leo G., *Osservatorio contrasti giurisprudenziali*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 1050.

[36] Cfr. *sub* par. 2, nota n. 11.

[37] Corte Cost., 15 marzo 2013, n. 43, *cit.*, con nota di Napoleoni V., *Lavoro sostitutivo per la guida in stato di ebbrezza: conforme a costituzione l'inapplicabilità* in executivis, *cit.*, 371 ss. La Corte ha escluso ogni profilo di illegittimità costituzionale sul punto, sia con riferimento al principio di eguaglianza che con riferimento alla funzione rieducativa della pena.

[38] Questa ricostruzione si pone in effetti in linea con il *trend* giurisprudenziale evidenziato *sub* par. 3 teso ad estendere al massimo possibile l'applicabilità della sanzione del lavoro di pubblica utilità. Ciononostante appaiono legittime le perplessità *supra* esposte circa l'effettiva portata di una modifica siffatta. Seppur si parli sempre e solo di modifica del luogo della prestazione, ciò che viene a mutare è invero l'Ente di riferimento e dunque correlativamente anche il tipo di attività lavorativa da svolgersi e ciò si avvicina molto, incidendo sull'oggetto della sanzione, ad una rideterminazione della medesima. Sostanzialmente dunque il giudice dell'esecuzione non ha competenza quando si veda rivolta *ex novo* la richiesta di sostituzione, lo è invece nella misura in cui si tratti semplicemente di sostituire l'Ente e correlativamente l'attività da svolgersi.

nato.

È proprio quest'ultimo profilo quello che suscita il maggior interesse. Sul punto è necessario chiarire come, in realtà, il comma 9 *bis* dell'articolo 186 C.d.S non preveda espressamente la necessità di una convenzione, ma si limiti a dire che il lavoro di pubblica utilità debba consistere "nella prestazione di un'attività non retribuita a favore della collettività da svolgere, in via prioritaria, nel campo della sicurezza e dell'educazione stradale presso lo Stato, le regioni, le province, i comuni o presso Enti o organizzazioni di assistenza sociale e di volontariato, o presso i centri specializzati di lotta alle dipendenze"[39]. Ciononostante, dato il rinvio generale previsto nella citata norma agli articoli 54 e seguenti del d.lgs. n. 274 del 2000, considerato norma generale di riferimento, la necessità di una convenzione sembra allo stato, *de iure condito*, imprescindibile anche nel caso di guida in stato di ebbrezza[40].

Da quanto premesso discende la centralità della convenzione e questo sotto almeno tre profili, peraltro molto rilevanti anche nel caso in oggetto, poiché dette convenzioni devono presentare, secondo quanto previsto dall'art. 2 del d.m. 26 maggio 2001, un contenuto minimo obbligatorio.

In primo luogo, l'art. 2, comma 2, del decreto medesimo prevede che nelle convenzioni siano indicate specificamente le attività in cui può consistere il lavoro di pubblica utilità. Sotto questo profilo, non sfugge come la determinazione delle modalità di svolgimento dell'attività lavorativa gratuita, così come la definizione dell'oggetto della prestazione medesima, risultino dirimenti ai fini della valutazione del giusto e corretto espletamento della medesima attività da parte del condannato, che verrà svolta a valle dal giudice e cui sono correlati i benefici già citati. Il ruolo svolto dalle convenzioni è quindi centrale nell'ottica del corretto ossequio del principio di determinatezza della sanzione[41].

In secondo luogo, le convenzioni debbono indicare la persona incaricata di coordinare il lavoro e di impartire disposizioni cui, peraltro, fa capo anche l'onere della redazione di una relazione finale sullo svolgimento dell'attività da parte del condannato. Centrale risulta, inoltre, il disposto del comma 3 dell'articolo 2 del d.m. che impone che, nelle convenzioni, siano individuate le modalità di copertura assicurativa del condannato contro gli infortuni e le malattie professionali, nonché riguardo la responsabilità civile verso terzi.

In terzo luogo, la convenzione vincola l'Ente agli obblighi in essa assunti e ciò rileva anche in ipotesi di un'eventuale violazione dei medesimi da parte dell'Ente stesso.

Nel caso di specie, però, pare che il Tribunale di Palermo, considerato integrato il profilo dell'assoluta necessità[42], abbia ritenuto sufficiente una dichiarazione di disponibilità da parte dell'Ente non convenzionato ad accogliere il condannato.

Viene allora da chiedersi se la dichiarazione di disponibilità possa o meno assumere una valenza sostitutiva della convenzione. Appare evidente a chi scrive come la risposta al quesito possa difficilmente essere positiva. Più condivisibile, invece, immaginare una dichiarazione di disponibilità da parte dell'Ente non solo ad accogliere il condannato, ma anche a stipulare, preventivamente rispetto all'inizio dell'espletamento della attività lavorativa, una convenzione *ad hoc* riguardante il condannato[43].

Più in generale, la sanzione del lavoro di pubblica utilità pone sullo sfondo un consistente problema in termini di principio di uguaglianza ed infatti, a parità di disvalore del fatto, ben può essere che in un determinato luogo vi siano meno convenzioni che in altri. Non a caso, come abbiamo ricordato, va salutata con favore la presa di posizione della Corte Costituzionale relativa alla declaratoria di incostituzionalità della norma di cui all'art. 54, comma 3, del

[39] Si noti che, per quanto concerne la fattispecie di cui all'art. 187 C.d.S., la norma precisa che l'attività può anche consistere "nella partecipazione ad un programma terapeutico e socio-riabilitativo del soggetto tossicodipendente come definito ai sensi degli articoli 121 e 122 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309".

[40] Rammentiamo, infatti, che l'art. 2 comma 1 del D. M. 26 marzo 2001 prevede che l'attività non retribuita in favore della collettività sia svolta in conformità di convenzioni da stipulare con il Ministero della Giustizia o, su delega di quest'ultimo, con il Presidente del Tribunale.

[41] Potrebbero invece sorgere dubbi di costituzionalità sul versante della riserva di legge.

[42] Sul concetto di assoluta necessità, si rinvia al par. 4.

[43] Si potrebbe immaginare un dispositivo di sentenza che, nel caso di specie, condizioni la sostituzione all'intervenuta firma della convenzione, sulla falsariga di quanto proposto da taluno relativamente alla necessità di acquisire il consenso o comunque la mancata opposizione da parte del condannato. Oppure, più in generale, semplicemente richiedere la stipulazione della convenzione preliminarmente rispetto all'esecuzione e, in assenza, immaginare un'applicazione analogica dell'art. 5 comma 1 del d.m. 26 marzo 2001. Sul punto, per completezza, cfr. anche: Trinci A., *Relazione al convegno "L'applicazione del protocollo d'intesa sul lavoro di pubblica utilità in materia di sicurezza stradale"*, di data 1 luglio 2011, secondo cui sarebbe opportuno che la richiesta di svolgere il lavoro di pubblica utilità presso Enti non convenzionati fosse accompagnata dalla stipulazione di una assicurazione privata per gli infortuni sul lavoro del condannato.

d.lgs. n. 274 del 2000 nella parte in cui non prevedeva la possibilità di fare ricorso a convenzioni stipulate fuori dalla provincia di residenza del condannato.

Ma ancor più in generale il problema si pone in termini di fruibilità della sanzione. Non è ancora chiaro se, riconosciuti i presupposti per la sostituzione, essa sia o meno un diritto per il condannato[44]. La Corte Costituzionale ha chiarito che la legge non richiede che sia la parte a dover individuare l'Ente disposto ad accoglierla e le modalità specifiche della prestazione lavorativa, ma che questo sia invece compito del giudice, ove ritenga che il lavoro di pubblica utilità sia una sanzione congrua nell'ottica special-preventiva e non vi sia opposizione dell'imputato[45]. Ciononostante, bisogna evidenziare come la prassi applicativa, almeno per quanto concerne la guida in stato di ebbrezza, si caratterizzi comunemente per una richiesta avanzata dall'imputato che già individua, grazie alla presentazione di una dichiarazione di disponibilità da parte dell'Ente convenzionato, un particolare programma di attività lavorativa. Tale iniziativa può ben essere apprezzata dall'organo giudicante in chiave rieducativa e permette altresì al giudice di acquisire in maniera inconfutabile il consenso del condannato medesimo all'espletamento del lavoro di pubblica utilità.

La necessità di un'istanza di parte, poi, seppur non normativamente prevista, diviene una necessità per l'imputato nella misura in cui voglia godere in tempi brevi dei benefici collegati al corretto svolgimento dell'attività lavorativa gratuita, dovendo il medesimo esternare il proprio consenso ad eseguire la sanzione prima del passaggio in giudicato della sentenza, nonchè nell'ipotesi in cui non vi siano convenzioni nella provincia di residenza[46].

In ultima analisi, quindi, sia che l'individuazione dell'Ente venga operata dal giudice, sia che sia il condannato ad attivarsi per ottenere una dichiarazione di disponibilità, appare chiaro che le possibilità di concreta applicazione della sanzione sostitutiva dipendono da una serie di fattori che nulla hanno a che vedere con il disvalore del fatto commesso. Stando così le cose, il pericolo di una discriminazione, vista la non omogeneità numerica delle convenzioni stipulate nelle diverse circoscrizioni dei Tribunali, appare forse il limite maggiore rispetto alla portata applicativa di una sanzione la cui implementazione appare a chi scrive centrale non solo in un'ottica *de iure condito*, ma anche in un'ottica *de iure condendo*.

[44] Sul punto, cfr. *ante*, *sub* par. 3. A monte il giudice mantiene un potere discrezionale circa la sostituzione in cui dovrà essere guidato in ultima istanza dalla finalità special-preventiva. Fondamentali in quest'ottica: Corte Cost. n. 43 dell'11 marzo 2013, *cit.*, in cui si legge "il potere di sostituzione rientra nel più generale potere discrezionale di determinazione della pena in concreto per il fatto oggetto di giudizio, spettante al giudice che pronuncia il decreto penale o la sentenza di condanna" e Cass. pen. 23 febbraio 2011, n. 2011, con nota di Bagnato M.E., in http://www.altalex.it. Una volta sciolta in senso affermativo la riserva sulla sostituzione, il quesito si ripropone con tutta la sua intensità e impone, dal nostro punto di vista, una risposta affermativa. Così espressamente: Cass. pen. 2 febbraio 2012, n. 4927 in cui si legge, seppur con altra finalità: "…andrebbe pure spiegato perché così ipotizzati ed eclatanti ritardi imputabili esclusivamente alle pubbliche istituzioni, ove comprovate e motivatamente sussistenti, debbano poi ricadere sull'imputato, che solo per questi altrui inadempimenti si veda negato il beneficio in questione, in un generale contesto interpretativo costituzionalmente orientato!"; Tribunale di Milano, 17 febbraio 2011, in *dir. pen. cont*, 11 febbraio 2011.

[45] Sul punto, cfr. *sub* par. 3, nota n. 24 e la fondamentale pronuncia della Corte Cost., 15 marzo 2013, n. 43, *cit.* Peraltro rammentiamo che è lo stesso art. 3 del d.m. 26 marzo 2001, emanato in esecuzione dell'art. 54 del d.lgs. n. 274 del 2000, a prevedere che sia il giudice ad individuare, con la sentenza di condanna, il tipo di attività da svolgere e l'Ente o l'organizzazione presso il quale il lavoro deve essere prestato avvalendosi all'uopo dell'apposito elenco degli Enti convenzionati. Sempre il giudice, *ex* art. 186 comma 9 *bis* C.d.S., dovrà indicare in sentenza l'organo tenuto alla vigilanza tra l'UEPE, l'ufficio di pubblica sicurezza del luogo di esecuzione della pena esterna o, in mancanza, il comando dell'arma dei carabinieri territorialmente competente. I soggetti incaricati nelle convenzioni da parte degli Enti provvedono poi effettivamente a coordinare l'attività lavorativa e ad impartire le relative istruzioni. Per il minoritario orientamento opposto, cfr.: Cass. pen., 7 luglio 2011, n. 31145, in cui si sostiene che una richiesta generica da parte dell'imputato possa essere legittimamente disattesa dal giudice, implicandosi in questo senso un onere a carico dell'imputato di presentazione di una richiesta determinata.

[46] Senza contare che, vista la presa di posizione della Corte Costituzionale recisamente contraria a riconoscere competenza al giudice dell'esecuzione in merito alla sostituzione (originaria) della sanzione, appare onere indirettamente imposto all'imputato quello di attivarsi in ogni caso con una richiesta espressa. In assenza di convenzioni nella provincia di residenza, il giudice, infatti, si troverebbe materialmente impedito a procedere alla sostituzione ed una successiva richiesta risulterebbe improponibile.

REPRESSIONE PENALE DELLA TORTURA E COSTITUZIONE: ANATOMIA DI UN REATO CHE NON C'È

Andrea Pugiotto

Abstract

In una Carta costituzionale che non conosce altri obblighi di criminalizzazione, il reato di tortura è il solo ad essere imposto e preteso. Eppure, nonostante quanto prescritto dall'art. 13, 4° comma, Cost. e dai relativi obblighi internazionali in materia, nel codice penale persiste l'assenza di un'apposita fattispecie repressiva. Che fondamento giuridico hanno le molteplici strategie argomentative adoperate a giustificazione di questo persistente vuoto di repressione penale? Quali, invece, sono le sue autentiche ragioni ordinamentali? E come mettere a valore il divieto internazionale di tortura già ora, nell'ambito del sindacato di costituzionalità delle leggi? L'indagine risponde a tali interrogativi, affrontando un fenomeno – la tortura – irriducibile al principio di legalità eppure non estraneo al nostro ordinamento, come accertato in non isolati pronunciamenti giurisdizionali.

Sommario

1. Legalizzare la tortura? – 2. Tabù (ovvero: l'irriducibilità della tortura al principio di legalità). – 3. C'è il divieto ma non c'è il crimine. – 4. L'unico reato imposto costituzionalmente. – 5. «Non ci riguarda». – 6. «Esiste già una batteria di norme repressive». – 7. «Nel nome della ragione di Stato». – 8. «Per legittima difesa o per stato di necessità». – 9. «E' un reato-manifesto». – 10. Le vere ragioni ostative all'introduzione del reato di tortura. – 11. La messa in discussione della politica migratoria. – 12. La necessità di rivedere le attuali politiche penitenziarie. – 13. Le cose da fare nel frattempo (e in breve tempo). – 14. Un uso costituzionale del vigente divieto di tortura. – 15. «Sanzioni lecite», tortura e volto costituzionale della pena.

1. Legalizzare la tortura?

Il film è del 2010, per la regia di Roman Polanski. Nella versione italiana s'intitola *L'uomo nell'ombra*. Nel suo aereo privato l'ex premier britannico viene incalzato con tono accusatorio dal suo *ghost writer* sulla corresponsabilità del governo inglese nelle operazioni di *extraordinary renditions* della CIA:

> - Tutto questo è grottesco! Non ho mai preso ordini da nessuno! Tutto ciò che ho fatto, l'ho fatto perché ero convinto che fosse giusto farlo.
> - Anche l'appoggio illegale di rapimenti a scopo di tortura?
> - Oh, santo iddio! Mi risparmi queste patetiche bestialità. Lo sa che cosa farei io se fossi al potere oggi? Due diverse file ai *check-in* degli aeroporti. Una per quei voli per i quali non si prevedono controlli, non si calpestano le libertà civili di merda di nessuno e non si utilizzano notizie ottenute sotto tortura. E una per quei voli per i quali si fa tutto il possibile perché siano in perfetta sicurezza. Vorrei proprio vedere poi su quale aereo metterebbero i loro figli i vari [garantisti] di questo mondo. E questo lo metta pure nel libro!

La citazione cinematografica ha il pregio – che è prerogativa solo dell'arte – di fissare in un'immagine folgorante e suggestiva la *ratio* di fondo della discutibile letteratura con la quale alcuni libri recenti[1] ingaggiano un corpo a corpo dialettico, ribattendo colpo su colpo al tentativo (soprattutto d'oltreoceano, ma non solo) di legittimare il ricorso alla tortura: problema tornato d'attualità, dopo gli attentati dell'11 settembre 2001, ma antico come l'uomo che è, «da sempre, l'unico animale torturatore dei propri simili»[2].

Il filosofo del diritto è il sosia critico del giurista positivo. Per statuto disciplinare è chiamato a interrogarsi sulle questioni di confine, anche quelle – come la possibile legittimazione della tortura – che presentano un «tratto di oscenità»[3]. Ma se la domanda che fa da titolo a una delle recenti pubblicazioni – legalizzare la tortura? – viene posta ad un giurista positivo, lo spartito è diverso. Diversa, dunque, è la musica.

2. Tabù (ovvero: l'irriducibilità della tortura al principio di legalità).

Infatti, come della reintroduzione della pena di morte così della legalizzazione della tortura il giurista positivo *deve rifiutarsi di discutere*: il suo ripudio rappresenta «un caso, uno fra i pochi, in cui una verità non dipende dal prevalere di alcune ragioni su altre, da una decisione relativa, ma basta a se stessa, ed è offesa dalla falsa tolleranza delle "discussioni" e dalla falsa "democrazia dei sondaggi"»[4].

Per esemplificare: accetteremmo mai di dibattere pubblicamente circa la possibile legittimazione giuridica della violenza carnale? Eppure – ci viene detto, a ragione – la tortura è come uno stupro[5]: il corpo del carnefice entra a forza nel corpo della vittima che il torturatore tratta come una cassaforte da scassinare. Ecco perché «la questione della liceità della tortura è risolta dal diritto positivo in modo definitivo e tassativo: "La risposta di tutte le norme giuridiche è

[1] P. Gonnella, *La tortura in Italia. Parole, luoghi e pratiche della violenza pubblica,* DeriveApprodi, Roma, 2013; M. La Torre – M.. Lalatta Costerbosa, *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto,* il Mulino, Bologna, 2013. Quanto alla letteratura precedente, è talmente soverchiante da sconsigliare anche soltanto il tentativo di una sua scremata bibliografia. Rinvio allora – oltre alle fonti che verranno citate in nota – a due approfondimenti tematici e alle relative indicazioni bibliografiche finali: l'uno d'impostazione giuridica (L. Zagato e S. Pinton (a cura di), *La tortura nel nuovo millennio. La reazione del diritto,* Cedam, Padova, 2010, 349-375), l'altro di scienza della politica (C. Mazza, *La tortura in età contemporanea. Un sistema relazionale e di potere,* Bonanno, Roma, 2010, 117-125).
Per una comprensione delle dinamiche della tortura sono imprescindibili le testimonianze, precise e sobrie, di chi – avendola subita – è stato capace di trasformare la propria esperienza in presa di coscienza. Alcune di esse saranno debitamente messe a valore nel corso dell'analisi: H. Alleg, *Tortura,* Einaudi, Torino, 1958 (impreziosito dalla prefazione di Jean Paul Sartre); J. Améry, *La tortura,* in Id., *Intellettuale a Auschwitz,* Bollati Boringhieri, Torino, 1987, 57-82; J. Semprún, *Esercizi di sopravvivenza,* Guanda, Parma, 2014.

[2] P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali,* il Mulino, Bologna, 1985, 113.

[3] F. Rimoli, *Più sicuri e più liberi? Uso della tortura e bilanciamento tra valori,* in *Tortura di Stato. Le ferite della democrazia,* a cura di A. Gianelli e M.P. Paternò, Carocci, Roma, 2004, 121. E' un'oscenità che segnala la prossimità al punto di non ritorno, perché «ammettere la tortura […] è possibile solo presupponendo che non si debba più temere una rivolta delle coscienze. Viene da pensare che queste coscienze si siano abituate alla prassi della tortura» (J. Améry, *La tortura,* 39).

[4] Così A. Sofri, *Le prigioni degli altri,* Sellerio, Palermo, 1993, 175, sia pure con riferimento alla pena capitale.

[5] Torturandomi, «l'altro […] mi impone la sua corporeità. Mi è addosso e così mi annienta. E' come uno stupro, un rapporto sessuale senza l'assenso di uno dei due partner»: così J. Améry, *La tortura,* cit., 66, e – nella sua scia – M. La Torre – M. Lalatta Costerbosa, *op. cit.,* 127.

no, mai!»[6]. Incondizionatamente.

D'altra parte, assumendo il principio di legalità come regola e limite al potere, parlare di tortura legalizzata vuol dire adoperare un ossimoro, pronunciando così un significante contraddittorio nel suo significato:

[1] La legalità è violenza domata. La tortura, invece, è violenza illimitata: addomesticarla «è come pretendere di togliere il carattere dell'eccesso a ciò che si caratterizza essenzialmente per la propria natura eccessiva; il nostro oggetto si trasformerebbe in altro e a divenire eventualmente giustificabile non sarebbe comunque più la tortura»[7].

[2] La legalità è regola previa. La tortura, invece, è imprevedibile nel come e nel quanto, e che cosa sarà «non lo si può sapere prima»: «Il corpo non può conoscere a priori, prevenire l'esperienza della tortura», perché essa è «imponderabile nei suoi effetti, nelle sue devastazioni, nelle conseguenze che lascia sull'identità corporea»[8].

[3] La legalità è misura. La tortura, invece, è arbitrio, perché la soglia della sofferenza inflitta alla vittima è abbandonata alla volontà soggettiva del carnefice e alla finalità che questi persegue attraverso il supplizio del torturato: «Quando vuole, infatti, egli può smettere di torturare. L'urlo di dolore e di morte dell'altro dipende da lui, egli è signore sulla carne e sullo spirito, sulla vita e la morte»[9].

[4] La legalità, in uno Stato di diritto, è strumentale al rispetto della dignità della persona che, del reato di tortura, è invece il bene giuridico offeso. «Nella tortura, questo strano *match,* la posta in palio sembra essere totale: è per il titolo di uomo che il carnefice si misura col torturato, e tutto si svolge come se i due non potessero appartenere insieme alla specie umana»[10]: durante e mediante la tortura, infatti, ad essere aggredita non è solo l'umanità della vittima ma anche del carnefice, entrambi spogliati della propria dignità perché trasformati in meri strumenti – passivo e attivo – di un puro esercizio di violenza.

Del resto, è la stessa etimologia della parola a metterci sull'avviso. «Tortura» viene dal verbo «torcere», che esprime l'atto del piegare con la forza, deformandolo, un corpo (accade nella tortura come punizione) ma anche una volontà (accade nella tortura giudiziaria)[11]. Nel suo stesso nome è già incluso il concetto di «torto», che è alla lettera l'opposto di «diritto»[12]. Anche semanticamente, quindi, risulta addirittura inconcepibile «allo stesso tempo essere sottomessi al principio di legalità e agire da torturatore»[13].

Nello Stato di diritto, dunque, la tortura non ha mai cittadinanza né può ambire ad ottenerla.

3. C'è il divieto ma non c'è il crimine.

Non è difficile leggere questo *a priori* dietro la scelta di iscrivere il divieto di tortura (e/o i conseguenti obblighi procedurali) in tutte le pertinenti carte dei diritti, internazionali e sovranazionali, di cui diligentemente l'Italia è parte: dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, alla Convenzione di Ginevra relativa al trattamento dei prigionieri di guerra del 1949; dalla Convenzione di Roma per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali del 1950, al Patto internazionale di New York sui diritti civili e politici del 1966; dalla Convenzione europea di Strasburgo per la prevenzione della tortura e dei

[6] M. La Torre – M. Lalatta Costerbosa, *op. cit.,* 122.
[7] M. Lalatta Costerbosa, *Per una storia critica della tortura,* in *Materiali per una storia della cultura giuridica,* 2011, n. 1, 27.
[8] J. Semprún, *Esercizi di sopravvivenza,* cit., rispettivamente 26 e 25.
[9] J. Améry, *La tortura,* cit., 76.
[10] J. P. Sartre, *Saggio introduttivo,* in H. Alleg, *Tortura,* cit., 17.
[11] «Quanto a me, dovetti arrendermi assai presto. Avvertii uno schianto e uno scheggiarsi nelle spalle che il mio corpo sino a oggi non ha dimenticato. Le teste degli omeri saltarono dalle loro sedi. Il mio stesso peso provocò una lussazione, caddi nel vuoto e mi ritrovai appeso alle braccia slogate, sollevate da dietro e chiuse sopra la testa in posizione rovesciata. Tortura, dal latino *torquere:* che dimostrazione pratica di etimologia!» (J. Améry, *La tortura*, cit., 72).
L'etimologia è segnalata anche da M. Palma, *La tortura è alla pagina web,* in *Onorare gli impegni. L'Italia e le norme internazionali contro la tortura,* a cura di P. Gonnella e A. Marchesi, Sinnos, Roma, 2006, 16, che in altro contributo svela acutamente le ambiguità del linguaggio in uso nelle narrazioni della tortura (e dei suoi dintorni più moderni): cfr. M. Palma, *Inquietudini del nuovo millennio,* in *La tortura nel nuovo millennio,* cit., 206-211.
[12] L'osservazione è di M. La Torre – M. Lalatta Costerbosa, *op. cit.,* 73.
[13] *Ivi*, 172.

trattamenti inumani o degradanti del 1987, allo Statuto di Roma istitutivo della Corte penale internazionale del 1998; dalla Convenzione ONU contro la tortura ed altri trattamenti e pene crudeli, inumane e degradanti del 1984 (CAT), al suo Protocollo opzionale di New York del 2002, fino alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 2000.

Di più: il ripudio della tortura assume, nell'ordinamento internazionale, carattere assoluto e inderogabile[14]. Per l'art. 2, 2° comma, CAT, «Nessuna circostanza eccezionale, qualunque essa sia, si tratti di stato di guerra o di minaccia di guerra, d'instabilità politica interna o di qualsiasi altro stato eccezionale, può essere invocata in giustificazione della tortura». Analogamente, in ambito CEDU, è la stessa Corte di Strasburgo a riconoscere che il divieto di cui all'art. 3, consacrando uno dei valori fondamentali delle società democratiche, non consente eccezioni, né limitazioni, né bilanciamenti di alcun genere, a differenza della maggior parte delle clausole normative della Convenzione, né soffre alcuna possibilità di deroga ai sensi dell'art. 15 della CEDU[15].

Di più ancora: come accertato da diversi pronunciamenti giurisdizionali[16], e come confermato dalla prassi degli Stati[17], il divieto di tortura è previsto dal diritto internazionale generale e, addirittura, da una norma di *jus cogens* valevole per tutti gli Stati della comunità internazionale *indipendentemente* da una sua espressa previsione pattizia[18].

Dato questo contesto normativo inequivoco, la domanda che interpella il giurista positivo non può riguardare la legalizzazione della tortura. L'interrogativo è un'altro: perché ciò che è un *delictum juris gentium* (fino a configurare, a determinate condizioni, addirittura un crimine contro l'umanità), secondo il legislatore italiano non è reato?

La risposta, sul piano giuridico formale, è presto data. Tecnicamente, ratificare e dare esecuzione ad un trattato non basta per adattare l'ordinamento interno a norme internazionali non sufficientemente precise e complete *(self-executing)*, che richiedono, per essere implementate, l'introduzione di apposite disposizioni legislative nazionali. Ciò vale, in particolare, per la materia penale in ragione del principio costituzionale secondo il quale *nullun crimen, nulla poena sine lege.* Per tradurre il divieto internazionale di tortura in un'ipotesi di reato contemplata nel codice penale, dunque, è necessaria una legge *ad hoc* che ne definisca (almeno) il compasso edittale[19].

Nella sua tecnicalità, si tratta di una risposta ineccepibile ma del tutto inappagante in chiave di politica del diritto. Essa non fa altro che spostare i termini del problema, obbligando a riformulare l'interrogativo di partenza: perché questa ignavia legislativa, questa inettitudine politica, questo boicottaggio mascherato (scelga il lettore il giudizio più pertinente)?

4. L'unico reato imposto costituzionalmente.

Si badi. Siamo alla presenza di un'omissione normativa coriacea. Solitamente è fatta risalire

[14] Cfr. C. Fioravanti, *Divieto di tortura e ordinamento italiano: sempre in contrasto con obblighi internazionali?* in *Quad. Cost.* 2004, 555-561. Tale assolutezza e inderogabilità «delegittima alla radice qualunque tentativo dei governi degli Stati di giustificare atti di tortura, in nome della particolare situazione di emergenza presente nel territorio del Paese o della grave natura dell'illecito contestato alla vittima o, ancora, del comportamento – anche violento – della stessa» (così nell'*Amicus curiae* presentato il 23 ottobre 2013 da Filomena Gallo per conto del Partito Radicale Nonviolento Transnazionale Transpartito, di Radicali Italiani, di Non c'è Pace senza Giustizia, nel caso *Cestaro c. Italia,* ric. n. 6884/11, attualmente pendente davanti alla Corte EDU).

[15] Cfr. F. Bilancia, *Anche l'Europa condanna la violenza di Stato,* in *Tortura di Stato,* cit., 166 e – per indicazioni giurisprudenziali esemplificative – 178 nota 19; G. Cataldi, *La tortura è tra noi? La portata dell'art. 3 CEDU nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo,* in *La tortura nel nuovo millennio,* cit., 171 ss.; A. Colella, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti,* in questa *Rivista,* 1, 2011, 221 ss.

[16] Il riferimento è alle sentenze della *Second District Court of Appeals* degli Stati Uniti nella causa *Filartiga c. Peña Irala* (1980), del Tribunale penale *ad hoc* per la ex-Jugoslavia nel caso *Furundzija* (1998), della *House of Lords* del 17 dicembre 2005 (su cui G. Di Paolo, *Una recente decisione della House of Lords inglese sul divieto di utilizzo di prove ottenute tramite la tortura,* in *Cass. Pen.* 2640 ss) .

[17] Questi, infatti, «quando sono accusati di praticarla non ne rivendicano minimamente la liceità, ma tendono semmai a minimizzarne la portata o a rivendicare il diritto di regolamentarla a tutela di preminenti esigenze statali» (C. Fioravanti, *Persona, stato d'eccezione, divieto della tortura,* in *Per una consapevole cultura costituzionale,* a cura di A. Pugiotto, Jovene, Napoli, 2013, 572).

[18] Sul divieto di tortura nel diritto internazionale generale come norma consuetudinaria cfr. A. Marchesi, *La proibizione della tortura all'inizio del nuovo millennio,* in *La tortura nel nuovo millennio,* cit., 8-11; G. Lanza, *Obblighi internazionali d'incriminazione penale della tortura e ordinamento interno,* in *Indice Pen.* 2011, 746-748.

[19] Il che rende del tutto infondata la tesi – spesa talvolta dalle autorità nazionali italiane in ambito internazionale – secondo la quale l'adattamento automatico intervenuto mediante il meccanismo legislativo del rinvio recettizio alla CAT assicurerebbe diretta applicabilità nell'ordinamento penale al reato di tortura.

al 1989[20], quando a Palazzo Madama – per iniziativa del senatore comunista Nereo Battello – venne depositato il primo disegno di legge diretto a introdurre il relativo reato nel codice penale. La verità è un'altra e ben più grave. La lacuna normativa è molto più datata, risalendo addirittura all'entrata in vigore della stessa Costituzione, il cui art. 13, 4° comma, così recita: «E' punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizione di libertà».

In un testo costituzionale che non prevede (altri) obblighi di criminalizzazione, la disposizione citata è la sola ad imporre una repressione penale, perché l'esperienza della tortura, a molti Costituenti, non era affatto sconosciuta[21]. Dunque, «la tortura è l'unico delitto costituzionalmente necessario»[22]: la ratifica dell'Italia di trattati e convenzioni che la vietano, quindi, obbedisce a un dovere di coerenza costituzionale come per una sorta di rima davvero obbligata, perché è già con l'entrata in vigore della Costituzione italiana del 1948 che sorge l'imperativo legislativo di vietare la tortura e criminalizzarne il ricorso.

Da allora, sono trascorsi inutilmente sessantasei anni. Tutte le maggioranze parlamentari, di qualunque segno o colore, della "prima" e della "seconda" Repubblica, ne portano la responsabilità in parti eguali, avendo obbedito e ripetuto uno stesso copione fatto di inerzie, rinvii, navette, bocciature, mozioni e ordini del giorno inevasi ed emendamenti incredibili[23].

Quanto accaduto nello scorcio finale della scorsa XVI Legislatura – peraltro con un esecutivo c.d. tecnico in carica – non dovrebbe allora sorprendere. Eppure egualmente stupisce, lasciando interdetti[24]. Nel bimestre conclusivo dell'anno 2012, infatti, le forze politiche hanno avuto due ghiotte opportunità parlamentari per rimediare all'inadempimento costituzionale e internazionale: l'approvazione, a novembre, della legge di ratifica e di esecuzione del Protocollo opzionale alla CAT e, a dicembre, della legge di adeguamento dell'ordinamento interno allo Statuto istitutivo della Corte penale internazionale (che contempla il reato di tortura tra i crimini contro l'umanità perseguibili dai giudici de L'Aja). Eppure né la legge 9 novembre 2012, n. 195[25], né la legge 20 dicembre 2012, n. 237[26] hanno colmato la lacuna.

La buona consuetudine italiana di essere parte dei trattati internazionali in materia si accompagna – anche questa volta – alla cattiva coscienza di chi sa di non fare fino in fondo il proprio dovere. Ne dà testimonianza l'approvazione alla Camera di ordini del giorno che paventano i rischi della mancata incriminazione e che impegnano il Governo «ad adottare, con grande sollecitudine, tutte le iniziative normative opportune affinché coincidano pienamente ed in modo inequivoco i crimini di competenza della Corte [penale internazionale] con reati previsti dalla legislazione interna»[27]: con grande sollecitudine? Dopo sessantasei anni?

Lo scandalo nello scandalo, a fronte di un reato che non c'è e che continua ad essere rinviato, è la mancata indignazione – più che della classe politica[28] – dell'opinione pubblica, segnalata dalla fallita raccolta delle firme necessarie per depositare in Parlamento un disegno

[20] L'11 febbraio 1989 entra in vigore per l'Italia la CAT, dopo il deposito dello strumento di ratifica del 12 gennaio 1989 (l'autorizzazione alla ratifica e l'esecuzione della Convenzione firmata a New York il 10 dicembre 1984 erano contenuti nella legge 3 novembre 1988, n. 498). Dello stesso anno è la legge 2 gennaio 1989, n. 7, di ratifica ed esecuzione della Convenzione europea contro la tortura, adottata a Strasburgo il 26 novembre 1987.

[21] Cfr. P. Calamandrei, *L'inchiesta sulle carceri e sulla tortura,* ne *Il Ponte,* 1949, 228 ss. (ma l'intero fascicolo 3 di quella Rivista è una testimonianza collettiva e generazionale della piena coscienza che i Padri Costituenti avevano – per esperienza diretta – della condizione carceraria e dei trattamenti crudeli, inumani o degradanti).

[22] P. Gonnella, *Un reato fantasma ma è l'unico chiesto dalla Costituzione,* ne *il manifesto,* 18 maggio 2012. In quanto costituzionalmente necessaria, la legge introduttiva del reato di tortura sarà da ritenersi sottratta a referendum abrogativo popolare, *ex* art. 75, 2° comma, Cost., anche in ragione della natura internazionalmente obbligatoria del nuovo crimine.

[23] Se ne può leggere un sintetico *excursus,* fino alla XIV Legislatura, in D. Carboni, *Breve storia della (mancata) introduzione del reato di tortura in Italia,* in *Onorare gli impegni,* cit., 67 ss.

[24] Fa bene a richiamare l'attenzione sul doppio tornante parlamentare S. Buzzelli, *Tortura: una* quaestio *irrisolta di indecente attualità,* in *Dir. pen. cont.*, 26 giugno 2013, p. 5.

[25] In tema cfr. F. Persana, *L'adesione dell'Italia al Protocollo opzionale del 18 dicembre 2002 alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumane o degradanti,* in *Resp. Civ. e Prev.,* 2013, 713 ss.; V. Florese, *Il protocollo aggiuntivo alla Convenzione contro la tortura e gli altri trattamenti crudeli, inumani e degradanti,* in *Diritti dell'uomo,* 2003, 64 ss.; A. Saccucci, *Verso nuovi orizzonti di tutela preventiva della tortura,* in *Dir. Pen. e Proc.,* 2002, 917 ss.

[26] Sulla quale cfr. E. Guarducci -C. Tucciarelli, *Il parziale adeguamento allo Statuto della Corte penale internazionale nella legge n. 237 del 2012,* in *Federalismi.it* – Focus *Human Rights,* n. 1, 2013, 1 ss.; V. Zanetti, *Necessaria ma non sufficiente. La legge n. 237 del 2012 di adeguamento allo Statuto della Corte penale internazionale,* in *Studium Iuris,* 2013, 939 ss.

[27] Cfr. ODG 9/1439-A/3 (Ferranti, Rao, Ciriello, Touadi) accolto dal Governo, ODG 9/1439-A/4 (Gozi) e ODG 9/1439-A/5 (Palomba) che l'Assemblea di Montecitorio approva nella seduta del 22 maggio 2012.

[28] Come invece denuncia P. Gonnella, *La tortura in Italia,* cit., 36.

di legge di iniziativa popolare mirante ad introdurre il delitto di tortura[29]. Evidentemente, le ragioni messe in campo per giustificare l'inopportunità se non addirittura l'inutilità di un simile crimine hanno costruito una narrazione persuasiva, non solo per la maggioranza degli eletti ma pure degli elettori.

Quali sono, allora, queste ragioni? Atteniamoci alle dichiarazioni e ai comportamenti ufficiali. E misuriamone la tenuta giuridica.

5. «Non ci riguarda».

La tortura non ci riguarda, è la prima argomentazione. L'Italia è un paese civile e democratico, dove non si tortura, dunque l'introduzione di un reato che ne sanzioni la pratica sarebbe inutile. Purtroppo non è vero. In Italia si tortura. Sostenerlo non è una provocazione, né una denuncia politica, semmai un dato di fatto. L'esemplificazione è doverosa, accompagnata dall'invito a mettere da parte ogni auto indulgenza: occorre guardare all'accaduto, fino in fondo, senza volgere gli occhi altrove.

Il Tribunale penale di Asti, con sentenza pronunciata il 30 gennaio 2012[30], all'esito di una meticolosa e approfondita istruttoria ha ritenuto provato, «al di là di ogni ragionevole dubbio», l'esistenza nel carcere cittadino, di «una prassi generalizzata di maltrattamenti posti in essere verso i detenuti più problematici». Due di essi, «hanno subìto non solo singole vessazioni, ma una vera e propria tortura, durata per più giorni e posta in essere in modo scientifico e sistematico»:

> spogliati completamente e rinchiusi in una cella senza vetri alle finestre (chiuse solo dopo circa un mese con del *cellophane*), priva di materasso per il letto, di lavandino e di sedie o sgabelli, i due detenuti venivano lasciati uno per due mesi e l'altro per venti giorni, nel primo periodo totalmente nudi nonostante il clima invernale, con il cibo razionato (per una settimana solo pane e acqua). Durante tale periodo venivano ripetutamente insultati e percossi, in particolare durante la notte in modo da non lasciarli dormire, con seguito di gravi lesioni per uno dei due, al quale veniva anche strappato con le mani il "codino" che il detenuto si era fatto ai capelli.

Se il film *Diaz. Don't Clean Up This Blood* del regista Daniele Vicari può essere sembrato – ai più ciechi – una narrazione eccessiva di quanto accaduto nella notte tra il 20 e il 21 luglio 2001 a Genova, dove si svolgeva il G8, si legga allora la ricostruzione giudiziaria dei fatti accertati nelle sentenze della sez. II e della sez. III penali della Corte d'Appello genovese[31]:

> dopo essere stati radunati nel cortile davanti al carcere, venivano allineati in piedi, a gambe divaricate e braccia alzate diritte sopra la testa, contro il muro della palazzina con le celle o la rete di recinzione del campo da tennis oppure nei pressi dell'edificio dove si effettuavano le operazioni di foto segnalamento. Spesso, le percosse iniziavano già lì.
> Una volta entrati nella struttura carceraria, gli arrestati venivano fatti sfilare lungo il corridoio – con la testa abbassata sin quasi all'altezza delle ginocchia – in mezzo a due ali di agenti che li ingiuriavano, sputavano loro addosso e li percuotevano con schiaffi e calci tentando di farli cadere a terra. Che fossero feriti o sani, all'interno delle celle dovevano restare in piedi per ore, con le gambe divaricate e le braccia alzate, o in ginocchio, con il viso rivolto alla parete, oppure nella posizione della "ballerina", in equilibrio sulle punte dei piedi o su una gamba sola. Obbligati a lunghe attese prima di essere finalmente accompagnati ai bagni, spesso erano costretti ad urinarsi addosso. Di cibo e acqua nemmeno l'ombra.
> Ovunque si trovassero – dall'atrio al corridoio, dalle celle ai bagni – e senza alcun motivo apparente, venivano presi a pugni da mani coperte da pesanti guanti di pelle nera

[29] Cfr. la Legge 1. Contro la tortura (*Introduzione del crimine di tortura nel codice penale)*, inclusa nel pacchetto *Tortura, carceri, droghe. Tre leggi per la giustizia e i diritti,* promosso da un *rassemblement* di Enti e Associazioni che operano nella realtà carceraria in *3leggi.it*. Il disegno di legge è stato comunque depositato alla Camera dei Deputati, come iniziativa legislativa parlamentare (cfr. A.C. n. 1801, Raciti e altri).

[30] Pubblicata in *Quest. Giust.*, 2012, 197 ss. (per le citazioni riportate nel testo vedi pp. 203-204).

[31] Appello pen. Genova, sez. II, 5 marzo 2010, n. 678 (per i fatti di Bolzaneto); Appello pen. Genova, sez. III, 18 maggio 2010, n. 1530 (per i fatti avvenuti nella scuola Diaz). La narrazione che segue è ripresa – alla lettera – dalla evocativa ricostruzione di V. Zanetti, *La tortura dalle parti di Bolzaneto e della Diaz. Il legislatore negligente, gli obblighi internazionali e la Corte costituzionale,* in *Studium Iuris,* 2012, 430 ss.
I giudizi delle Corti d'Appello sono stati sostanzialmente confermati dalle successive sentenze della Corte di Cassazione: cfr. Cass. sez. V pen. 5 luglio 2012 (dep. 2 ottobre 2012), n. 38085, per i fatti accaduto nella scuola Diaz (in *Dir. pen. cont.*, 16 ottobre 2012); Cass. sez. V pen. 14 giugno 2013 (dep. 10 settembre 2013), n. 3708813, per i fatti avvenuti all'interno della caserma di Bolzaneto (in *Dir. pen. cont.*, 29 ottobre 2013).

> e picchiati con stracci bagnati o con i manganelli di ordinanza. Venivano spruzzati con sostanze urticanti ed irritanti, insultati, derisi, minacciati di morte, di percosse o di stupro, obbligati a pronunciare offese nei loro stessi confronti, ad inneggiare al fascismo, al nazismo o alla dittatura del generale Pinochet, a sfilare lungo il corridoio facendo il saluto "romano" e il passo "dell'oca", ad ascoltare "Faccetta nera" e frasi antisemite. I carcerieri spesso tagliavano loro ciocche di capelli da tenere come trofei; alle volte, per dividere in gruppi gli arrestati, li marchiavano sulla guancia, con un pennarello colorato, come capi di bestiame.

Il Tribunale di sorveglianza di Bologna, con ordinanza 21 maggio 2013, nel ricostruire la dinamica degli eventi sfociati nel decesso di Federico Aldrovandi avvenuto a Ferrara, alle ore 6.35 del 25 settembre 2005, qualifica il fatto come «integrante gli estremi del crimine […] di tortura»[32]:

> la vittima trovandosi la mattina del 25 settembre 2005, da solo, all'alba, in stato di agitazione psicofisica, probabilmente conseguito all'uso di sostanze [...] avendo accennato all'indirizzo dei quattro poliziotti una mossa di karate (sforbiciata andata a vuoto), veniva affrontato dai quattro odierni condannati, insieme, armati di manganelli [...], mediante pesantissimo uso di violenza personale. Il giovane veniva, in definitiva, percosso in diverse parti del corpo, proseguendo i quattro agenti la loro azione congiunta, anche quando il ragazzo (appena diciottenne) era ormai a terra, e nonostante le sue invocazioni di aiuto («...basta...aiutatemi...»); fino a sovrastarlo letteralmente di botte (ed anche a calci) e con il peso del proprio corpo, ed in definitiva esercitando materialmente una tale pressione sul tronco del ragazzo, oramai a terra, per tenerlo immobilizzato, (peraltro continuando anche in tale frangente a percuoterlo, ed anche con il manganello), da provocarne uno stato prolungato di ipossia posizionale e lo schiacciamento del cuore [...] fino a provocarne in definitiva la morte. […] «...l'abbiamo bastonato di brutto per mezz'ora», comunicava infine alla Centrale di polizia proprio il condannato che richiede la concessione del beneficio penitenziario.

Nel 2007, un ex maresciallo dei carabinieri ha raccontato all'autorità giudiziaria che nel 1976 l'allora diciottenne muratore Giuseppe Gulotta, accusato dell'omicidio di due carabinieri della piccola caserma di Alcamo (Trapani), era stato sottoposto a tortura e la sua confessione era stata estorta. Gulotta, al termine di ben nove processi, dopo la condanna definitiva all'ergastolo nel 1990, ha trascorso in carcere ventidue anni. Oggi, a cinquantasette anni, è tornato in libertà All'epoca dell'arresto ritrattò subito la presunta confessione, denunciando le violenze subite in caserma per mano di una decina di carabinieri[33]:

> «Dov'è Gulotta?».
> L'urlo arriva da dietro la porta. E' come una frustata, il gong di un incontro di pugilato, l'inizio di una tempesta che sta per abbattersi su di me. […] Sono seduto di spalle alla porta che adesso è spalancata. Sento dei passi veloci, pesanti. Una decina di carabinieri mi arrivano addosso. Obbedisco all'istinto e mi alzo di scatto ma delle mani mi afferrano alle spalle e mi spingono giù, di nuovo sulla sedia. Altre mani mi corrono veloci lungo il mio corpo: qualcuno che non riesco a vedere mi lega i piedi alle gambe della sedia con le manette, qualcun altro entrambi i polsi ai braccioli. Muoio di paura, faccio resistenza, un bracciolo si rompe e schizza in aria finendo sul petto di un carabiniere. Riesco ancora a muovere un braccio ma da dietro me lo torcono mettendolo fuori uso. Sono completamente immobilizzato, urlo come un animale al macello. Qualcuno mi afferra i capelli da dietro, sono lunghi, gli viene facile. Ho gli occhi sbarrati puntati al soffitto, intravedo uomini in divisa a ogni lato. Provo a sfuggire alla morsa, ma arriva il primo colpo: un pugno in piena faccia. [...] Altri colpi, schiaffi, tre, quattro, a mano aperta. Urlano, la loro saliva mi finisce in faccia, con la testa all'indietro non riesco a deglutire, mi sembra di soffocare. «Pezzo di merda, li hai uccisi tu i nostri colleghi. Adesso ti ammazziamo».
> Il cuore mi batte fortissimo. Sono legato, non riesco a difendermi in nessun modo e loro hanno una rabbia bestiale.
> Mani coperte da guanti neri continuano a colpirmi. Un puzzle di visi, di pezzi di visi, folle e velocissimo, passa davanti ai miei occhi. Non so quanto duri. Un dolore sordo mi invade. Mi tengono stretto adesso, la testa sempre all'indietro con i capelli tirati. Mi stanno schiacciando i testicoli. Urlo fortissimo fino a non riuscire a respirare. Si staccano da me per un attimo, mollano i capelli. Provo a riprendere fiato, ma non mi danno tregua. Con la coda dell'occhio la vedo vicinissima, il ferro freddo mi scortica la parte sinistra

[32] L'ordinanza 21 marzo 2013 (dep. 27 maggio 2013) n. 2013/1281, Pres. ed Est. Maisto, si può leggere in *Dir. pen. cont.*, 1 luglio 2013.
[33] G. Gulotta, *Alkamar. La mia vita in carcere da innocente,* con N. Biondo, Chiarelettere, Milano, 2013, 51-55.

> della faccia: è una pistola. Il clic del cane si alza e batte a vuoto. Sto per vomitare, quella che hanno appena inscenato è una finta esecuzione.
> Urlano tutti. Mi arrivano sputi in faccia. […].«Non ho fatto niente» dico, e scoppio a piangere. Ma non ho scampo. Ricominciano di nuovo a picchiarmi, non reagisco, non riesco a muovermi, sono come un manichino, senza volontà. Sembrano lupi allenati alla caccia, si danno il cambio a picchiarmi, insultarmi […]. Improvvisamente si fermano, come se avessero ricevuto un segnale, un comando. Escono tutti. Rimane solo un carabiniere in divisa […]. Siamo soli, io e lui. Sono la preda che il cacciatore paziente aspetta di stanare, con le buone o con le cattive. [...]. Stavolta non mi colpisce, vuole farmi parlare. E non capisco che tutto quello che dirò sarà usato per incastrarmi. Mi sto scavando la fossa con le mie mani, lo capirò molto tempo dopo.
> «Guarda che ormai sappiamo tutto, a questo punto puoi confessare, non succede più nulla». […]. Nonostante tutto quello che mi stanno facendo, io sono innocente e non ho paura di parlare, di dire la verità. E' l'unico modo per convincerli che non sono io la persona che vogliono.
> […]. La stanza si riempie di nuovo di gente, in divisa e in borghese. Mi circondano e riprendono di nuovo a picchiarmi, sono quattro, cinque persone. [...]. Ormai non mi chiedono più niente, picchiano e insultano. Non ho più voce per continuare a ripetere che non so nulla, non c'entro nulla. Riprendono a urlare, a minacciarmi di uccidermi. «Hanno confessato tutti, manchi solo tu». (*Svengo).* Qualcuno mi versa dell'alcol in faccia per farmi rinvenire. […].
> Quando rinvengo mi accorgo di essermela fatta addosso. Ma non c'è tregua, ricominciano subito, appena apro di nuovo gli occhi. […]. E arrivano altre botte. Riparte la paternale: «Perché non ci dici come avete fatto, come siete entrati dentro la caserma?». Non finisce mai, non finisce più. Da ore sono prigioniero, a due passi da casa, senza nessuno che possa salvarmi.
> Non ho più forze, ho solo freddo, batto i denti, non mi sono mai sentito così solo.
> «Vi dico tutto quello che volete, basta che la smettete». E' l'alba del 13 febbraio 1976.

Episodi isolati? Nel rapporto 2012 di *Amnesty International,* l'Italia è annoverata tra i paesi, dove casi di tortura (e altri maltrattamenti) sono stati denunciati e accertati[34]. L'ultimo rapporto del Comitato per la prevenzione della tortura (CPT), organo del Consiglio d'Europa, sugli esiti della visita condotta in Italia tra il 13 e il 25 maggio 2012, è stato reso pubblico solo il 19 novembre 2013: la lettura dei rilievi mossi al nostro Paese spiega, ampiamente, il perché di tale ritardata diffusione[35]. Né sono mancate condanne all'Italia, pronunciate dalla Corte di Strasburgo, per violazione del divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti[36]. La tortura, insomma, non ci è estranea: «nel quotidiano scorrere della realtà delle istituzioni totali (e non di esse soltanto)» rappresenta «un fatto ricorrente»[37]. E' anche un fatto risalente, la cui emersione processuale si deve alla sentenza della sez. I pen. del Tribunale di Padova, pronunciata il 15 luglio 1983[38], nei confronti di funzionari e agenti della Polizia di Stato per le torture praticate a danno di cinque brigatisti rossi sospettati del sequestro del generale USA James Dozier, avvenuto a Verona il 17 dicembre 1981. Ciò che accadde nella notte tra il 27 e il 28 gennaio 1982 presso la questura scaligera, è stato di recente raccontato da uno degli imputati di allora, Salvatore Genova[39]:

> «La ragazza è legata, nuda, la maltrattano, le tirano i capezzoli con una pinza, le infilano un manganello nella vagina, la ragazza urla, il suo compagno la sente e viene picchiato duramente, colpito allo stomaco, alle gambe». […] I poliziotti capiscono che (lui) sta per cedere. «Fu uno dei momenti più vergognosi di quei giorni» dice Genova, «avrei dovuto arrestare i miei colleghi e me stesso. Invece (lo) caricammo su una macchina e lo portammo alla villetta per il trattamento. Lo denudiamo, legato al tavolaccio subisce

[34] Amnesty International, *Rapporto 2012,* Fandango, Roma, 2013, 478 ss. (in particolare 483).
[35] Cfr. CPT/Inf(2013)33. Il Rapporto muove – tra gli altri – rilievi a proposito del sovraffollamento delle carceri (come quello di Bari, dove al tempo della visita lo spazio per persona era inferiore ai 2 mq), del frequente ricorso alla forza da parte della polizia penitenziaria e delle forze dell'ordine all'interno dei CIE, del trattamento eccessivamente restrittivo riservato ai detenuti sottoposti al regime c.d. di carcere duro (*ex* art. 41-*bis* ord. penit.). Il CPT torna a chiedere, inoltre, che l'Italia introduca nel proprio ordinamento il reato di tortura. Tale richiamo è costante, sia nei rapporti precedenti del CPT sia nelle raccomandazioni del Comitato dei diritti umani: cfr. A. Marchesi, *L'attuazione in Italia degli obblighi internazionali di repressione della tortura,* in *Riv. Dir. Internaz.* 1999, 463-465, 474-475.
[36] Vedi *infra,* note 50, 98, 99, 100, 103.
[37] L. Pepino, *Maltrattamenti in carcere, tortura, giudici,* in *Quest. Giust.* 2012, 196.
[38] La si può leggere tra la documentazione raccolta nel volume *Le torture affiorate,* Sensibili alle foglie, Tivoli (Rm), 1998, 346-371.
[39] La cui posizione processuale fu stralciata grazie alla sopravvenuta elezione a deputato (e alla negata autorizzazione a procedere opposta dalla Camera ai sensi del previgente art. 68 Cost.). La narrazione dei fatti è tratta dall'intervista rilasciata da Salvatore Genova a P.V. Buffa, *Quando in Italia si seviziavano i brigatisti,* ne *il Venerdì di Repubblica,* 20 luglio 2012, 28-29.

> l'acqua e sale e, dopo pochi minuti, parla, ci dice dov'è il generale Dozier». A coordinare il tutto e a eseguire il trattamento con acqua e sale, una tortura già usata dai francesi nella guerra di Algeria, è una squadretta speciale guidata da un alto funzionario di polizia, Nicola Ciocia, e composta da quattro poliziotti chiamati i *Quattro dell'Ave Maria.* La tecnica è all'apparenza semplice, ma bisogna essere molto esperti per praticarla in modo sicuro ed efficace. Il prigioniero è legato a un tavolo, con un tubo gli vengono fatte ingurgitare grandi quantità di acqua e sale che provocano, oltre alla nausea, un forte senso di soffocamento [...]. L'adrenalina scatenata dal successo dell'operazione Dozier (il generale liberato, i brigatisti catturati senza sparare un colpo) e i risultati ottenuti con le tecniche di Ciocia scatenarono lo spirito di emulazione. Nella caserma della Celere di Padova, dove furono portati i terroristi, non si andò tanto per il sottile. Genova e i suoi, infatti, furono arrestati con l'accusa di aver organizzato, tra l'altro, la finta fucilazione del brigatista rosso Cesare Di Lenardo.

La tortura ci riguarda, dunque. Non importa (giuridicamente) in quale misura[40], perché qualsiasi misura è sufficiente a giustificarne l'obbligo di penalizzazione. Non è il singolo paese che può unilateralmente annoverarsi tra quelli che rispettano il divieto di tortura[41]. Sarà il duplice controllo dell'autorità giudiziaria nazionale e della comunità internazionale a giustificarne – provvisoriamente – l'iscrizione nella lista dei paesi buoni o dei paesi cattivi.

6. «Esiste già una batteria di norme repressive».

Si sostiene però che gli obblighi internazionali in materia, come pure quanto prescritto in Costituzione, non imporrebbero l'introduzione di un reato specifico di tortura. Più semplicemente, richiederebbero una copertura penale di condotte materiali riconducibili all'area semantica della pratica vietata. Da questo punto di vista – è la seconda ragione addotta – l'ordinamento penale italiano è in regola, contemplando già una sufficiente «batteria di norme repressive»[42]: percosse (art. 581 c.p.), lesioni personali (art. 582 c.p.), ingiurie (art. 594 c.p.), sequestro di persona (art. 605 c.p.), arresto illegale (art. 606 c.p.), indebita limitazione di libertà personale (art. 607 c.p.), abuso di autorità contro arrestati o detenuti (art. 608 c.p.), perquisizioni e ispezioni personali arbitrarie (art. 609 c.p.), violenza privata (art. 610 c.p.), minacce (art. 612 c.p.), stato di incapacità procurato mediante violenza (art. 613 c.p.), sono fattispecie penali che andrebbero a comporre un'adeguata costellazione punitiva.

Non è così. La lunghezza dell'elenco dei reati deve fare i conti, infatti, con gli elementi

[40] Gli scettici possono farsi un'idea delle dimensioni del fenomeno attraverso la lettura sia di raccolte di documentazione sul tema (cfr., oltre al già citato volume *Le torture affiorate*, L. Manconi – V. Calderone, *Quando hanno aperto la cella. Stefano Cucchi e gli altri,* il Saggiatore, Milano, 2011), sia di antologie di testimonianze (cfr. S. Marietti e G. Santoro (a cura di), *Diritti e castigo,* Intra Moenia, Napoli, 2007; L. Cardinalini, *Impiccati! Storie di morti nelle prigioni italiane,* DeriveApprodi, Roma, 2010; N. Rao, *Colpo al cuore,* Sperling & Kupfer, Milano, 2011; A. Chiarelli, *Malapolizia,* Newton Compton, Roma, 2011).

[41] Pretesa che fu dell'allora Ministro degli Interni, Virginio Rognoni, nella sua risposta alle numerose interpellanze (2-01930, Milani e altri; 2-01949, Bonino e altri; 2-01950, De Cataldo e altri; 2-01951, Spagnoli e altri; 2-01953, Reggiani; 2-01954, Mancini) relative ai maltrattamenti inflitti al terrorista Cesare Di Lenardo (cfr. Camera, seduta del 6 luglio 1982): il testo degli atti ispettivi, la risposta ministeriale e le repliche degli interpellanti sono leggibili nel volume *Le torture affiorate,* cit., 242-259.

Su quel tornante storico lo stesso ex Ministro degli Interni è tornato recentemente (V. Rognoni, *Contro il terrorismo la risposta fu politica,* ne *Corriere della Sera,* 16 gennaio 2014), negando che, allora, la democrazia – quotidianamente stretta tra «ruvide domande di sicurezza e sacrosante esigenze di legalità» – si fosse imbarbarita nella lotta al terrorismo. Eppure, proprio lo stesso giorno, la Corte d'Appello di Perugia rendeva note le motivazioni con le quali accoglieva l'istanza di revisione del processo nei confronti del militante brigatista Enrico Triaca, condannato per calunnia nel novembre 1978, per aver dichiarato di essere stato sottoposto a tortura dopo l'arresto, avvenuto il 17 maggio 1978, nell'ambito delle indagini sul rapimento Moro: ora, secondo i giudici, alla luce delle risultanze processuali «deve necessariamente concludersi» che uomini della polizia, autorizzati dai superiori, utilizzarono pratiche di *waterbording* nei confronti di soggetti arrestati «al fine di sottoporre costoro a una pressione psicologica che avrebbe dovuto indebolirne la resistenza e indurli a parlare» (cfr. Corte d'Appello di Perugia, sentenza 15 ottobre 2013, dep. 16 gennaio 2014). Per una ricostruzione giudiziaria dell'intera vicenda cfr. T. Barilla e P. Mirenda, *Processo alla tortura,* in *Left,* n. 24, 22 giugno 2013.

[42] L'espressione è di G. Amato, *Rapporti civili. Sub art. 13,* in *Commentario della Costituzione,* a cura di G. Branca, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1977, 28. L'argomento è stato speso anche recentemente dal Governo italiano, nella sua risposta alla richiesta formulata dal CPT di introdurre nell'ordinamento penale il reato di tortura (vedi *supra* nota 35).

costitutivi della nozione internazionale di tortura[43] e con gli obblighi che il diritto pattizio e le consuetudini internazionali fanno discendere dal suo divieto. Così scrutinato, quell'elenco si rivela carente sotto diversi profili:

[1] Si tratta, in molti casi, di reati comuni[44]. Viceversa, prevedendo che «il dolore e la sofferenza siano inflitti da o su istigazione o con il consenso o l'acquiescenza *di un pubblico ufficiale o altra persona che svolga una funzione ufficiale*», la fattispecie di tortura viene declinata in ambito internazionale come un reato proprio che chiama in causa la responsabilità di membri dell'apparato statale.

[2] Si tratta di reati che, il più delle volte, si muovono all'interno di un perimetro che non include l'elemento materiale della violenza psicologica: viceversa, secondo le fonti internazionali, la tortura ricorre in «ogni atto mediante il quale siano inflitti intenzionalmente a una persona dolore o sofferenze gravi, sia fisiche che *mentali*».

[3] Analogamente, in taluni reati (quali le percosse o le lesioni personali) a mancare è l'elemento psicologico dell'infliggere «*intenzionalmente*» dolore e sofferenze gravi, tipico invece nella tortura come definita dal diritto pattizio. Così come altri, per il bene giuridico tutelato, si rivelano inidonei a coprire lo spettro ben più ampio della fattispecie convenzionale di tortura: è il caso – ad esempio – dell'art. 608 c.p. (abuso di autorità contro arrestati o detenuti) che, posto a presidio della sola libertà personale del ristretto, non include condotte quali le percosse, le lesioni, le ingiurie, le molestie sessuali, i maltrattamenti. In entrambi i casi, la copertura delle condotte vietate dalla Convenzione non è integrale[45].

[4] La dosimetria sanzionatoria di tali reati, pur elevata in astratto[46], se opportunamente bilanciata con le attenuanti del caso si abbatte considerevolmente, com'è accaduto all'esito delle vicende – prima ricordate – di Asti e di Genova. Con l'ulteriore conseguente possibile applicazione della sospensione condizionale della pena, dell'affidamento in prova ai servizi sociali del reo, dell'inclusione in eventuali provvedimenti di clemenza generale. La gravità del ricorso alla tortura, che è alla base della sua collocazione tra i crimini contro l'umanità[47], ne imporrebbe viceversa l'espressa estromissione dal giudizio di bilanciamento con eventuali attenuanti ai fini della determinazione della pena da irrogare.

[5] Per la procedibilità di molti dei reati elencati è richiesta la querela di parte: decisione difficile per chi è vittima di tortura, specie se ancora ristretta, dunque timorosa di subire ritorsioni perché «una persona torturata una prima volta sa che sul suo corpo arriverà il tempo della seconda tortura. Non si tortura mai una volta sola»[48]: e così, il più delle volte, i fatti vengono alla luce (quando vengono alla luce) del tutto casualmente[49]. Al fine di evitare il crearsi o anche solo di favorire possibili margini d'impunità, il reato di tortura andrà allora annoverato tra quelli perseguibili d'ufficio. In linea, peraltro, con gli obblighi internazionali in materia di natura procedurale, come quello di svolgere indagini accurate in presenza di denunce credibili

[43] Art. 1, CAT: «Ai fini della presente Convenzione, il termine "tortura" indica qualsiasi atto mediante il quale sono intenzionalmente inflitti ad una persona dolore o sofferenze acute, fisiche o psichiche, segnatamente al fine di ottenere da essa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che essa o una terza persona ha commesso o sospettata di aver commesso, di intimidirla od esercitare pressioni su di lei o di intimidire od esercitare pressioni su una terza persona, o per qualsiasi altro motivo basato su una qualsiasi forma di discriminazione, qualora tale dolore o tali sofferenze siano inflitti da un funzionario pubblico o da qualsiasi altra persona che agisca a titolo ufficiale, o su sua istigazione, oppure con il suo consenso espresso o tacito. Tale termine non si estende al dolore o alle sofferenze derivanti unicamente da sanzioni legittime, ad esse inerenti o da esse provocate».

Per una messa a fuoco degli elementi costitutivi il reato di tortura, alla luce della citata definizione convenzionale, cfr. – per tutti – A. Marchesi, *Implementing the UN Convention Definition of Torture in National Criminal Law (with Reference to the Special Case of Italy),* in *Journal of International Criminal Justice,* 2008, n. 6, 195 ss.

[44] E tale si configura anche l'art. 613-*bis* c.p., rubricato «Tortura», nel testo unificato approvato dalla Commissione Giustizia in sede referente nell'attuale XVII Legislatura (56° seduta, 22 ottobre 2013), nonostante il tentativo di mutarne la natura in reato proprio (cfr. emendamento 1.3 Buemi, respinto in Commissione, 47° seduta, 25 settembre 2013).

[45] Proprio in ragione di tale copertura penale frammentata, si sostiene in dottrina che il nostro ordinamento risulti inadempiente rispetto agli ulteriori obblighi sanciti dagli artt. 4, 2° comma, e 5 CAT, laddove esigono pene adeguate alla gravità del fatto qualificabile come tortura e sanciscono il principio della giurisdizione universale sulle trasgressioni del divieto di tortura: cfr. A. Marchesi, *L'attuazione in Italia degli obblighi internazionali,* cit., 469-470; vedi anche G. Lanza, *Obblighi internazionali d'incriminazione penale,* cit., 749-754.

[46] Anche il nuovo art. 613-*bis* c.p. (vedi *supra*, nota 44) prevede per la fattispecie base del reato di tortura pene detentive decisamente elevate (da tre a dieci anni), e altrettanto fa per l'ipotesi aggravata dalla qualità di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio (da quattro a dodici anni), con la conseguenza che, qualora la fattispecie sia ulteriormente aggravata dall'evento – quali le lesioni gravissime – la pena per il reo potrebbe anche arrivare nel massimo a diciotto anni.

[47] Cfr. art. 7, 1° comma, lett. *f),* Statuto della Corte penale internazionale.

[48] P. Gonnella, *La tortura in Italia,* cit., 80.

[49] Come nella vicenda di Asti: cfr. L. Pepino, *Maltrattamenti in carcere,* cit., 195.

e di fornire informazioni sull'andamento delle indagini e del processo[50].

[6] Un'analoga preoccupazione induce a ritenere carente la batteria di norme repressive vigenti anche in ragione dei loro termini brevi di prescrizione. Il complice contesto omertoso che caratterizza le vicende di tortura e la difficoltà a reperire altri testimoni diversi dalla stessa vittima, sono ostacoli seri all'istruzione di un processo. Così come deve passare del tempo prima che il torturato (magari detenuto per anni in carcere), uscito finalmente dalla disponibilità del torturatore, decida di sporgere denuncia. Il conto alla rovescia della prescrizione e la sua brevità finiscono cosi per non assicurare nel concreto l'effettività della risposta sanzionatoria. Per un verso, la CAT impone pene «adeguate alla gravità del reato»: una pena lieve, dunque soggetta a termini di prescrizione brevi, espone al rischio dell'impunità, in aperta violazione di quell'obbligo[51]. Per altro verso, lo Statuto di Roma istitutivo della Corte penale internazionale ha risolto il problema annoverando la tortura tra i crimini contro l'umanità, dunque imprescrittibili. Altrettanto è chiamato a fare il legislatore italiano.

Allo stato del giure, dunque, il quadro sanzionatorio italiano si rivela decisamente inadeguato, e una pluralità di condotte riconducibili alla fattispecie di tortura rischiano seriamente di restare impunite[52].

7. «Nel nome della ragione di Stato».

Spesso è la *salus rei publicae* ad essere chiamata in causa: alla presenza di un pericolo esiziale e non altrimenti evitabile per la salvaguardia dello Stato, incauto sarebbe quell'ordinamento che non tollerasse il ricorso, quale rimedio estremo, alla tortura giudiziaria. La difesa della sicurezza di un paese e del suo popolo può costringere alla coazione e alla violenza, per mettere in condizioni di non nuocere feroci nemici delle libertà civili nelle democrazie moderne. In questa logica, rinunciare alla c.d. tortura di salvezza, e addirittura perseguire quei «patrioti di ultima istanza» che la mettono in pratica, sarebbe «indizio censurabile di follia»[53].

Fa così la sua comparsa l'eternamente reincarnata ragione di Stato, «il terribile stato di eccezione nel quale tutti i leggeri legamenti dei materiali giuridici si consumano alla fiamma della discriminazione ultima tra amico e nemico»[54]. Il realismo che ammanta l'argomento è solo apparente: si ipotizza un caso-limite che costringe ad una logica binaria (la messa in pericolo di tutti *o* la sofferenza di uno solo); sciolta l'alternativa a vantaggio del male minore, miracolosamente si restituirebbe sicurezza a chiunque. Come se davvero l'esito salvifico potesse dipendere dal supplizio imposto ad un colpevole (o presunto tale) e dalla sua estorta confessione, quando, invece, la molteplicità dei nessi causali e le imprevedibili variabili del reale non riproducono mai il miracoloso effetto domino assunto in premessa. L'esito della compiaciuta simulazione, semmai, è un altro: si legittima la tortura quale *extrema ratio* e, una volta ottenuto il salvacondotto, vi si fa ricorso altrimenti:

[50] Obbligo che la giurisprudenza dei giudici di Strasburgo ricava implicitamente dal divieto di cui all'art. 3 CEDU (*ex plurimis,* Corte EDU, *Labita c. Italia*, 6 aprile 2000): cfr. A. Gianelli -A. Marchesi, *Il paradosso della tortura: assolutamente vietata ma universalmente diffusa,* in *Tortura di Stato,* cit., 143.
Per una recente condanna dell'Italia per violazione di tali obblighi procedurali cfr. Corte EDU, sez. II, *M. e altri c. Italia e Bulgaria,* 31 luglio 2012: la si può leggere in *Dir. pen. cont.*, 21 gennaio 2013, con nota di M. Pelazza, *Sugli obblighi di prevenzione e di repressione di tortura e trattamenti inumani e degradanti: una poco conosciuta sentenza di condanna dell'Italia da parte della Corte EDU.*

[51] Ecco perché in dottrina (ad esempio, S. Senese, *Sulla teoria del diritto di Luigi Ferrajoli*, in *Diritti e democrazia nel pensiero di Luigi Ferrajoli*, a cura di S. Anastasia, Giappichelli, Torino, 2011, 101) si ritiene che la non imprescrittibilità dei reati comuni integranti tortura ai sensi dell'art. 1, CAT, configurerebbe un'omissione normativa illegittima per violazione degli artt. 13, 4° comma, e 117, 1° comma.

[52] Tale stato di cose è alla base dei ricorsi – ad oggi – pendenti a Strasburgo, promossi in parallelo alle vicende genovesi del luglio 2001, in cui viene lamentata contro l'Italia la violazione degli obblighi positivi derivanti dall'art. 3 CEDU, sotto il profilo della mancata punizione dei responsabili (per effetto del decorso dei termini di prescrizione), e della mancata previsione di un reato di tortura dotato di un adeguato quadro edittale: cfr. A. Colella, *C'è un giudice a Strasburgo. In margine alle sentenze sui fatti della Diaz e di Bolzaneto: l'inadeguatezza del quadro normativo italiano in tema di repressione penale della tortura,* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2009, 1801 ss.

[53] Entrambe le espressioni citate sono di Giuliano Ferrara: cfr. la polemica ospitata sulle pagine de *il Foglio* tra il suo Direttore (ID., *Da "bye bye Condi" a "bye bye Seldon Lady", festa grande per la CIA,* 21 luglio 2013; Id., *Il pm Spataro si fa intellettuale e politico, e distribuisce ordini agli stati,* 29 luglio 2013) e il Sostituto Procuratore della Repubblica di Milano Armando Spataro (Id., *Abu Omar e altro, ci scrive Spataro che le rendition non funzionano,* 25 luglio 2013).

[54] M. La Torre – M. Lalatta Costerbosa, *op. cit.,* 98. Per una riflessione critica sulla categoria del c.d. diritto penale del nemico, cfr. A. Bernardi, B. Pastore, A. Pugiotto (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare,* Giuffrè, Milano, 2008, 107-175.

> Sapete quel che si dice a volte per giustificare i carnefici: bisogna pur ridursi a torturare un uomo se dalla sua confessione possono dipendere centinaia di vite umane. E' un bell'espediente da Tartufe. Alleg […] non era un terrorista. […]. Era per salvare delle vite umane che gli si bruciavano i capezzoli e i peli del pube? No, si voleva soltanto estorcergli l'indirizzo dell'amico che lo aveva ospitato. Se avesse parlato, si sarebbe messo un comunista di più sotto chiave: ecco tutto[55].

E poiché il tabù, una volta infranto, è rimosso per sempre e non è più possibile riedificarlo, la china intrapresa si rivelerà pericolosamente scivolosa:

> Un uomo ammette d'aver piazzato una bomba: il ricorso alla tortura salverà delle vite. Un uomo è sospettato d'aver piazzato una bomba: la tortura lo scoprirà. Un uomo ha un amico sospettato d'aver piazzato una bomba: la tortura porterà a individuare il sospetto. Un uomo professa idee pericolose e potrebbe avere in mente di piazzare una bomba: la tortura rivelerà i suoi piani[56].

Da giurista positivo, mi accontento di replicare a tale strategia argomentativa facendo appello all'ordinamento normativo proprio di uno Stato costituzionale di diritto: sconfessato ogni qual volta, dietro la facciata di una sua presunta e inevitabile necessità, la tortura viene praticata più o meno clandestinamente.

Sul piano degli obblighi internazionali – come già detto – nessuna circostanza eccezionale, quale essa sia, che si tratti di stato di guerra o di minaccia di guerra, di instabilità politica interna o di qualsiasi altra situazione d'emergenza, può essere invocata per giustificare la tortura, escludendosene dunque qualunque limitazione alla sua messa al bando. A ciò anche l'Italia è obbligata e con essa il legislatore penale, sia in ragione del diritto internazionale pattizio (art. 117, 1° comma, Cost.) sia perché il divieto assoluto e inderogabile di tortura è norma internazionale consuetudinaria (art. 10, 1° comma, Cost.).

Rispetto a questo esigente quadro vincolante, il nostro ordinamento non è del tutto inadempiente. La legge 31 gennaio 2002, n. 6 – di conversione del decreto legge 1 dicembre 2001, n. 421 – ha introdotto nel c.p.m.g. l'art. 185-*bis* a tenore del quale «il militare che, per cause non estranee alla guerra, compie *atti di tortura* o altri trattamenti inumani […] in danno di prigionieri di guerra o di civili o di altre persone protette […] è punito con la reclusione da uno a cinque anni». Il reato di tortura, che il legislatore non ha ancora inserito nel codice penale, è così contemplato in quello militare di guerra, che trova applicazione – è bene rammentarlo – anche ai corpi di spedizione all'estero per operazioni militari armate, sia pure in tempo di pace. Per quanto paradossale[57], il dato merita la giusta valorizzazione: quello bellico è lo stato d'eccezione per antonomasia; ciò nonostante, la tortura "militare" è sanzionata penalmente.

L'invocazione della *salus rei publicae* a giustificazione della tortura può trovare una sua smentita anche nella recente disciplina sul segreto di Stato[58]. La sua apposizione può in concreto comprimere principi e regole di funzionamento dell'ordinamento statale, in nome della «sicurezza dello Stato» che «costituisce interesse essenziale, insopprimibile della collettività, con palese carattere di assoluta preminenza su ogni altro, in quanto tocca, come si è ripetuto, la esistenza stessa dello Stato»[59]. Le condizioni per la sua applicazione non sono state tipizzate dal legislatore, che ha scelto di ricorrere ad una casistica dalla incerta interpretazione[60]. In compenso notizie, documenti o cose riconducibili a «fatti eversivi dell'ordine costituzionale», non sono secretabili, ai sensi dell'art. 39, 11° comma, della legge n. 124 del 2007.

Né il legislatore[61] né la giurisprudenza costituzionale successiva alla riforma[62] hanno sostanziato la nozione richiamata: si può tentare di farlo muovendo dal concetto di "sicurezza" dello Stato, declinandolo nei termini di "salvezza" delle esigenze dello Stato-comunità[63]. «Fatto eversivo dell'ordine costituzionale» sarà allora ciò che mette a repentaglio, più ancora della

[55] J. P. Sartre, *op. cit.*, 15.
[56] Non ricordo con esattezza la fonte della formidabile citazione (a memoria, riconducibile a un testo curato da Amnesty International).
[57] Ed anche fatto oggetto di analisi critica in dottrina: cfr. G. Lanza, *Obblighi internazionali d'incriminazione penale,* cit., 761-764.
[58] Legge 3 agosto 2007, n. 124, successivamente modificata dalla legge 7 agosto 2012, n. 13.
[59] Corte costituzionale, sentenza n. 87/1977.
[60] Cfr. art. 39, 1° comma, legge n. 124 del 2007.
[61] Salvo l'elencazione tassativa di specifici delitti previsti nel codice penale: artt. 285, 416-*bis,* 416-*ter,* 422 (cfr. art. 39, 11° comma, legge n. 124 del 2007).
[62] Cfr. le sentenze nn. 106/2009 e 40/2012.
[63] E non a tutela degli interessi «del Governo e dei partiti che lo sorreggono»: Corte costituzionale, sent. n. 87/1977.

forma statale, la sopravvivenza della sua sostanza da individuarsi nel nucleo dei suoi princìpi supremi e dei suoi diritti fondamentali. Qui il cerchio si chiude, perché la tortura lede la dignità umana, principio supremo e condizione prima per la titolarità dei diritti. «Nella contrapposizione tra sicurezza e libertà è la dignità umana a essere il concetto che deve orientare la decisione»[64]: del Presidente del Consiglio di ricorrere o meno allo strumento del segreto; dell'autorità giudiziaria di contestarne l'uso; della Corte costituzionale, quale giudice del conflitto tra poteri, di accertarne il legittimo ricorso. Se e quando il legislatore introdurrà il reato di tortura, esso andrà dunque annoverato tra i delitti al verificarsi dei quali la legge n. 124 del 2007, già oggi, esclude l'operatività del segreto di Stato[65].

L'analisi del diritto positivo finisce così per confermare quanto è argomentabile sul piano teoretico: «In democrazia l'esistenza che è in gioco è quella della *Costituzione* e dei suoi diritti. Insomma, nel contesto dell'ordinamento costituzionale, e più in generale in uno Stato di diritto, lo *Stato* come tale non è mai un argomento»[66].

8. «Per legittima difesa o per stato di necessità».

L'ordinamento penale, però, contempla ipotesi in cui addirittura il cagionare la morte altrui è condotta scriminata, se il soggetto ha agito per legittima difesa (art. 52 c.p.) o in stato di necessità (art. 54 c.p.). A maggior ragione – si sostiene – dovrà giustificarsi in casi altrettanto estremi il ricorso da parte dello Stato alla tortura, pratica non esiziale per la vita del soggetto che ne è vittima.

La tesi è errata in premessa: l'analogia è procedimento vietato in materia penale, così com'è infondata l'idea di una scriminante collettiva perché la responsabilità penale è sempre e solo personale.

Di entrambi gli istituti invocati per analogia, inoltre, mancano in realtà le condizioni di operatività nella condotta del torturatore[67]. Per darsi, legittima difesa e stato di necessità esigono un «pericolo attuale»: viceversa, il soggetto torturato (dunque oramai nelle condizioni di non nuocere e nella disponibilità materiale dell'apparato statale) non incarna alcun pericolo diretto e immediato, così come è del tutto ipotetica la rilevanza delle informazioni – estortegli attraverso il supplizio – a sventare l'offesa temuta. Per darsi, entrambe le scriminanti richiedono altresì una difesa «proporzionata all'offesa», un fatto «proporzionato al pericolo»: viceversa, è nella sua stessa fenomenologia che la tortura si riveli eccessiva (quanto a tasso di violenza e crudeltà) e asimmetrica (nella relazione tra carnefice e vittima), dunque strutturalmente sproporzionata[68].

L'argomento si rivela infondato anche nell'accreditare all'esito del supplizio giudiziario una carica salvifica rispetto ad un pericolo incombente. La tortura, infatti, non garantisce alcuna certezza circa l'autenticità delle informazioni estorte. Tra gli argomenti che l'illuminismo giuridico ha con più efficacia ripreso e rielaborato contro la pratica inquisitoria del supplizio vi è proprio l'inutilità della tortura giudiziaria: «Perché il dolore dovrebbe forzarmi a dire il vero piuttosto che il falso, posto che ciò che conta è dire ciò che mi libera dal dolore?». Le parole del torturato sono inautentiche perché «il linguaggio di colui che patisce è […] "Dirò quello che tu vuoi che io dica»[69]. La verità è che «la tortura non c'entra nulla con la verità»[70], e che l'unica

[64] P. Gonnella, *op. cit.,* 21. Come osserva N. Garbellini, *De salute rei publicae? Genesi, compatibilità costituzionale e dinamiche della disciplina sul segreto di Stato introdotta con legge 3 agosto 2007, n. 124* (Tesi di dottorato, XXV Ciclo, Dottorato di ricerca in Diritto costituzionale, Università di Ferrara, 2012, 127-133), più di quella costituzionale è la giurisprudenza della Corte EDU a offrire elementi di supporto all'interpretazione prospettata nel testo: cfr. Corte EDU, *Imakayeva c. Russia,* 9 febbraio 2007; *El-Masri c. Repubblica di Macedonia,* 13 dicembre 2012.
Sul punto, possiamo davvero imparare dagli altri: cfr. la sentenza della Corte costituzionale tedesca, 15 febbraio 2006, dichiarativa dell'illegittimità della legge nazionale sulla sicurezza aerea, approvata quale misura di contrasto al terrorismo internazionale, laddove prevedeva la liceità dell'abbattimento in volo di un aereo dirottato.
[65] Vedi, *supra,* nota 62.
[66] M. La Torre – M. Lalatta Costerbosa, *op. cit.,* 148 (corsivi testuali).
[67] *Ivi,* 137 e 144-145.
[68] Lo certifica anche l'impossibilità, concettuale prima ancora che normativa, di un abuso di tortura quale autonoma fattispecie di reato o aggravante specifica (l'osservazione è di Patrizio Gonnella).
[69] La citazione è di Josef von Sonnenfels (che traggo da M. La Torre – M. Lalatta Costerbosa, *op. cit.,* 64)
[70] P. Gonnella, *op. cit.,* 114.

cosa di cui si può essere certi, al termine di una tortura "riuscita", è che essa ha superato la soglia di resistenza al dolore della vittima, mettendo nelle mani del carnefice non *il* colpevole ma *un* colpevole[71].

Nella consapevolezza di ciò – e con evidenti finalità di prevenzione – il diritto internazionale pattizio prescrive l'inutilizzabilità processuale degli elementi di prova estorti mediante tortura[72]. Altrettanto accade nel nostro ordinamento da quando, con l'art. 191 c.p.p., è stato introdotto l'istituto del divieto probatorio e la conseguente inutilizzabilità della prova assunta illegittimamente[73].

9. «E' un reato-manifesto».

Nel recente dibattito parlamentare poi approdato alla già citata legge n. 237 del 2012, si è data voce al diffuso convincimento che l'introduzione del reato di tortura avrebbe «obiettivi ideologici ben precisi» volti a «penalizzare le forze dell'ordine», limitandone l'attività in misura significativa e – nel contempo – offendendo la professionalità e la dignità degli operatori della sicurezza. La domanda di criminalizzazione della tortura, dunque, altro non sarebbe che una «pesante spada di Damocle […] sugli agenti di polizia», nulla di diverso da «una legge manifesto» priva di ragionevolezza[74].

Questo senso comune è radicato, perché chiama in causa il processo di immedesimazione – simbolica, dunque possente e profonda – tra lo Stato e gli apparati deputati alla sua sicurezza[75]. E' l'inchiostro simpatico con il quale sono state scritte alcune pagine parlamentari del libro incompiuto sul reato che non c'è, dove l'obiettivo di restringere l'ambito di applicazione del divieto di tortura rivela – in trasparenza – la finalità di non "legare troppo le mani" alle forze dell'ordine. Ad esempio, quando si tenta di includere nella relativa condotta materiale il requisito della *reiterazione* dell'atto o della minaccia di violenza[76]: come se sottoporre a tortura una prima volta configurasse solo una giustificata prova generale, una innocua anteprima insufficiente alla consumazione del reato. Oppure quando ci si oppone all'introduzione di una norma che imponesse la numerazione della divisa e del casco degli agenti impegnati in ope-

[71] M. La Torre – M. Lalatta Costerbosa, *op. cit.,* 70.

[72] Cfr. art. 15, CAT: «Ogni Stato Parte vigila affinché ogni dichiarazione in cui si sia stabilito che è stata ottenuta con la tortura non possa essere invocata come elemento di prova in un procedimento, se non contro la persona accusata di tortura, al fine di determinare che una dichiarazione è stata resa». Analogamente, in ambito di Consiglio d'Europa, esemplare è quanto deciso dalla Corte EDU, Grande Camera, *Gäfgen c. Germania*, 1 giugno 2010.

[73] Il tema è approfondito da F. Ruggieri, *Le prove trovate con la forza,* in *Tortura di Stato,* cit. 201 ss. Segnalo che il disegno di legge approvato in Commissione Giustizia del Senato (vedi *supra,* nota 44), aggiunge all'art. 191 c.p.p. un nuovo comma 2-*bis*, a tenore del quale «le dichiarazioni o le informazioni ottenute mediante il delitto di tortura non sono comunque utilizzabili, salvo che contro le persone accusate di tale delitto e al solo fine di provarne la responsabilità penale».
Attorno all'esistenza di un obbligo per l'imputato di dire la verità (e dei mezzi attraverso i quali indurlo a dirla) si consumò, in passato, un'illuminante polemica – che inviterei a rileggere – tra Francesco Carnelutti e Piero Calamandrei (*A proposito d tortura)* sulle pagine della *Riv. Dir. Proc.,* 1952, 234-239.

[74] Cfr., V. Zanetti, *Necessaria ma non sufficiente,* cit., 944. Echi di tale argomentazione si sono uditi anche più di recente in Commissione Giustizia del Senato (47° seduta, 25 settembre 2013). Si spiega così la delimitazione materiale della fattispecie, nella formulazione approvata in Commissione (vedi *supra,* nota 44): le sofferenze fisiche e psichiche provocate al torturato devono essere «acute»; il torturato deve essere «persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia o autorità o potestà o cura o assistenza ovvero che si trovi in una condizione di minorata difesa». Ciò nonostante, secondo l'incontentabile sen. Giovanardi il nuovo art. 613-*bis* c.p. presterebbe il fianco ad accuse pretestuose a funzionari di polizia e magistrati inquirenti, dal momento che la condotta che integra il reato può consistere in mere omissioni cagionanti acute sofferenze psichiche, costituendo esse uno stato del tutto soggettivo. Analoga riserva mentale spiega perché il nuovo art. 613-*ter* c.p., configurando il reato di istigazione a commettere tortura, ne limita la punibilità all'ipotesi in cui tanto l'istigatore quanto l'istigato siano pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio.

[75] Come osserva P. Gonnella, *op. cit.,* 37-39, «poliziotto e Stato si sentono la stessa cosa in quanto il primo assicura la ragione di vita del secondo»; è un processo di immedesimazione che contagia i mass-media, l'opinione pubblica, talvolta la stessa magistratura inquirente e giudicante, e che viene certificata da una esplicita scelta ordinamentale: all'omesso reato di tortura fa *pendant* l'aggravio di pena qualora il delitto di lesioni è commesso contro un pubblico ufficiale (art. 583-*quater,* c.p.).

[76] Cfr. XIV Legislatura, Camera, Aula, seduta del 22 aprile 2004, approvazione dell'emendamento presentato dall'on. Lussana; la vicenda è analiticamente ripercorsa da A. Marchesi, *Quante volte? Il problema dell'introduzione del reato di tortura nell'ordinamento italiano e il famigerato emendamento sulla "reiterazione"*, in *Abu Graib e dintorni. Un anno di denunce inascoltate sulla tortura in Iraq,* a cura di Amnesty International, EGA, Torino, 2004, 48 ss.
Segnalo che – incredibilmente – anche il nuovo art. 613-*bis* c.p. (vedi *supra,* nota 44) considera integrato il reato di tortura se le sofferenze sono cagionate «con più atti di violenza o di minaccia», finendo così per farne dipendere la consumazione dalla necessità di una reiterata violenza: cioè, in altri termini, dalla maggiore o minore resistenza al dolore da parte della vittima.

razioni di ordine pubblico, agevolandone così l'eventuale identificazione[77]. O ancora quando si propone, in luogo del reato di tortura, l'introduzione di una specifica aggravante per delitti non colposi contro la persona[78] o se ne derubrica la natura a reato comune[79]: diluendo così la gravità di un abuso di potere che, proprio perché commesso da soggetti dell'apparato statale (magari nei luoghi di fermo o di detenzione), come tale va riconosciuto e autonomamente sanzionato. Alla fine, «è una questione di simboli. Al limite può essere accettato che la tortura sia un delitto generico ma mai che sia un delitto proprio ed esclusivo di agenti dello Stato»[80].

La nostra carta costituzionale dice cose diverse. Essa ammette la forza ma vieta la violenza: in sede cautelare (art. 13, 4° comma), in sede di esecuzione della pena (art. 27, 3° comma), in sede di trattamenti sanitari obbligatori (art. 32, 2° comma). Di più, come già visto[81]: ne impone la criminalizzazione sia direttamente, sia in obbedienza agli obblighi internazionali pattizi e consuetudinari. Dell'integrità fisica e psichica di una persona – non importa se innocente o colpevole – finita in custodia dei propri apparati di sicurezza, risponde lo Stato. E ogni volta che una custodia personale si conclude con la morte, con la tortura o con la ricorrente (e sospetta) circostanza del fermo violento accompagnato dalla denuncia per resistenza a pubblico ufficiale, quell'obbligazione viene meno. E, con essa, si mina alla radice la stessa legittimazione democratica dello Stato.

Se questa è la posta in palio, la prospettiva iniziale da cui porsi il problema dei limiti d'azione alle forze dell'ordine va esattamente capovolta: per quanto far rispettare la legge e garantire la sicurezza dei consociati sia compito estremamente complicato, non per questo legittima il ricorso alla «violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizione di libertà», che in ogni sua forma, oltre a non essere ammessa, «è punita» (art. 13, 4° comma, Cost.).

Risponde a questa stessa logica tutta una serie di obblighi positivi e negativi che l'ordinamento internazionale trae dal divieto di tortura: l'impossibilità per il torturatore di invocare quale causa di giustificazione l'ordine di un superiore o di un'autorità pubblica[82]; l'obbligo di svolgere indagini tempestive ed efficaci in presenza di denunce di tortura[83]; la circostanza che «la prescrizione, l'indulto e ogni altra misura clemenziale con effetti d'impunità, come pure la concessione di attenuanti»[84] configuri una violazione del divieto di tortura e degli obblighi positivi ad esso ricollegati. Sono norme (scritte o fissate dal diritto vivente giurisprudenziale) riconducibili alla comune *ratio* di contrastare la cultura dell'impunità e ogni tentazione di legittimare o incentivare pratiche violente incondizionatamente vietate[85].

Non si va dunque oltre le righe se si conferma una valutazione critica del recente provvedimento di grazia – peraltro dalla dubbia regolarità costituzionale[86] – concessa dal Presidente della Repubblica, Giorgio Napolitano, a favore del generale USA Joseph Romano III, condannato in via definitiva per la sua partecipazione all'operazione di *extraordinary rendition* di cui

[77] In linea con quanto già accade in altri paesi europei: vedi, da ultimo, l'*Arrêté relatif aux conditions et modalités de port du numéro d'identification individuel par les fonctionnaires de la police nationale, les adjoints de sécurité et les réservistes de la police nationale,* assunto dal Ministro dell'interno francese il 24 dicembre 2013 (pubblicato nel *Journal Officiel de la République Française,* 27 dicembre 2013).

[78] Cfr. XIII Legislatura, disegno di legge recante *Norme in materia di tortura ed altri trattamenti crudeli, disumani e degradanti,* approvato dal Consiglio dei Ministri il 28 luglio 2000 (segnalato da C. Fioravanti, *Divieto di tortura e ordinamento italiano,* cit., 563-564).

Anche nell'attuale XVII Legislatura tre disegni di legge, configurando la tortura come reato comune, mirano a introdurre un'aggravante determinata dalla qualità di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio. Con esiti sanzionatori, peraltro, risibili (opportunamente segnalati dal Presidente della Commissione Giustizia, sen. Palma: cfr. 33° seduta, 5 agosto 2013): due di essi (A.S. 849, Buccarella e altri; A.S. 874, Torrisi), non ricollegando alcun effetto speciale a tale aggravante, la rendono superflua in ragione della già esistente aggravante comune di cui all'art. 61, 1° comma, n. 10, c.p.; il terzo (A.S. 362, Casson e altri), prevede un aggravio di pena pari nel minimo, e sensibilmente inferiore nel massimo, rispetto a quanto conseguirebbe all'applicazione della suddetta aggravante comune.

[79] Come fa il nuovo art. 613-*bis* c.p. (vedi *supra,* nota 44). Ma già nella XVI Legislatura, A.S. 1596, Di Giovan Paolo e altri: intendendone affermare un divieto assoluto e universale, «nel presente disegno di legge la tortura viene definita come reato comune, seppur aggravato in caso si tratti di pubblico ufficiale. Pratiche di tortura possono essere esercitate anche all'interno di un nucleo familiare e limitare il reato al pubblico ufficiale sarebbe riduttivo e significherebbe marginalizzare la gravità del reato» (così la relativa relazione illustrativa, p. 3).

[80] P. Gonnella, *op. cit.,* 44.

[81] Il rinvio è *supra,* al § 4.

[82] Cfr. art. 2, 3° comma, CAT.

[83] Vedi, *supra,* nota 50.

[84] C. Fioravanti, *Persona, stato d'eccezione,* cit., 579.

[85] Nella stessa direzione andrebbe auspicata la costituzione dello Stato quale parte civile, nei processi contro membri delle forze dell'ordine imputati di condotte riconducibili nell'alveo della tortura. Segnalando come ciò non sia avvenuto nei procedimenti – più volte citati – di Asti e di Genova o per le morti di Federico Aldrovandi e Stefano Cucchi, P. Gonnella, *op. cit.,* 118, osserva che «il messaggio è in questi casi devastante. E' un messaggio di legittimazione e incentivazione alla perpetrazione di pratiche illegali di tortura». Come dargli torto?

[86] Cfr. A. Pugiotto, *Fuori dalla regola e dalla regolarità: la grazia del Quirinale al colonnello USA,* in *Studium Iuris,* 2013, 831 ss. (ma anche in *Rivista A.I.C.,* 2013, n. 2, 3 maggio 2013).

è stato vittima l'imam Abu Omar. Per un verso, simili trasferimenti forzati altro non sono che una «delocalizzazione della tortura»[87] in altro paese, e violano apertamente non solo le regolari procedure di estradizione ma – prima ancora e soprattutto – l'obbligo negativo di procedervi verso uno Stato in cui la persona estradata rischia di subire torture. Per altro verso, l'atto di clemenza presidenziale si pone in urto con il divieto ora previsto anche dalla legge n. 237 del 2012: adattando sotto il profilo procedurale l'ordinamento interno allo Statuto della Corte penale internazionale, la legge ne ha così recepito due disposizioni che portano ad escludere la possibilità di concessione della grazia (come pure di altre misure estintive del reato o della pena) per i crimini affidati – in sussidiarietà – alla sua giurisdizione, tra i quali rientra pure la tortura (e la sparizione forzata di persone)[88].

Nel suo significato di fondo, la «anomala operatività di istituti premiali»[89] nei casi di violazione del divieto di tortura si presta ad equivoci davvero pericolosi. E per porre l'atto di clemenza al riparo da errate interpretazioni, può anche rivelarsi insufficiente l'esplicito riconoscimento che le pratiche di tortura sono da ritenersi «non compatibili con i principi fondamentali di uno Stato di diritto»[90]: quella clemenza, individuale o collettiva che sia, veicolerà comunque un messaggio di legittimazione dell'accaduto, il segnale di uno Stato che non intende sanzionare i suoi peggiori servitori. Perseguendoli, ad essere difesa – e non offesa – sarà la disciplina e l'onore con i quali tutti gli altri suoi funzionari adempiono al dovere di fedeltà alla Repubblica e di osservanza della sua Costituzione (art. 54 Cost.).

10. Le vere ragioni ostative al reato di tortura.

Se le motivazioni dichiarate non giustificano – né razionalmente né giuridicamente – le resistenze all'introduzione del reato di tortura, è altrove che bisogna cercarne le autentiche ragioni ostative. Serve una nuova lente focale per vedere meglio, e in campo lungo, il fenomeno con tutte le sue implicazioni.

Ci indicano la strada giusta i fatti emersi nelle vicende giudiziarie già richiamate. Nella sentenza del Tribunale di Asti, il sistema di violenze e intimidazioni viene descritto come «scientifico e sistematico», una «prassi generalizzata di maltrattamenti» sintomatica di una tolleranza ambientale che chiama in causa, oltre ai condannati, altri agenti della polizia penitenziaria, molti dirigenti, la stessa direzione del carcere[91]. Non diversamente, la sentenza di Cassazione relativa ai fatti accaduti nella scuola Diaz di Genova accerta in via definitiva l'assoluta gravità delle condotte violente poste in essere da un numero davvero impressionante di ufficiali e agenti delle forze dell'ordine[92]. Il caso Aldrovandi ha gemmato un secondo procedimento penale nei confronti di altri quattro agenti di polizia, tre dei quali poi condannati per capi d'imputazione (favoreggiamento personale, falsa testimonianza, rifiuto d'atti d'ufficio) che restituiscono un quadro di coperture e connivenze ad ampio spettro. Del plotone di torturatori e della minuziosa opera di depistaggio messa in atto da membri dell'arma dei carabinieri l'odissea giudiziaria e carceraria di Angelo Gulotta addirittura tracima.

Ecco il punto focale: passando dal rapporto sinallagmatico tra torturatore e torturato alle dinamiche ambientali e di sistema, diventa più semplice capire perché il codice penale non annoveri ancora il reato di tortura. Occorre – in altri termini – «abbandonare la prospettiva individuale, imperniata nella relazione vittima/carnefice, per spostarsi sul piano sistemico» in modo che «lo spazio per la tortura si manifesti nella sua pienezza»[93].

[87] Ritrovo l'efficace espressione in S. Buzzelli, *Tortura,* cit., 2.
[88] Cfr. E. Guarducci -C Tucciarelli, *Il parziale adeguamento,* cit., 26, i quali argomentano il divieto dall'art. 105 (che prescrive come vincolante per tutti gli Stati parte, e non modificabile in alcun caso, la pena detentiva) e dall'art. 110 (che prevede per lo Stato incaricato dell'esecuzione il divieto di liberare la persona detenuta prima della espiazione della pena).
[89] Denunciata dalla *Dichiarazione di Milano-Bicocca sulla Prevenzione della Tortura*, adottata il 22 aprile 2013 (punto 5 del *Tutto ciò considerato*): la si può leggere in *unimib.it.*
[90] Comunicato del Quirinale in data 5 aprile 2013, *Provvedimento di grazia per il militare statunitense della Nato condannato per fatti commessi sul territorio italiano* (lo si può leggere nel sito istituzionale della Presidenza della Repubblica *quirinale.it*).
[91] Sottolinea opportunamente questo elemento di contesto la Commissione straordinaria del Senato per la tutela e la promozione dei diritti umani, nel suo *Rapporto sullo stato dei diritti umani negli istituti penitenziari e nei centri di accoglienza e trattenimento per migranti in Italia* (XVI Legislatura, approvato dalla Commissione il 6 marzo 2012, 65).
[92] Cass. Pen. sez. V, 5 luglio 2012 (dep. 2 ottobre 2012), n. 38085, in *Dir. pen. cont.*, 16 ottobre 2012.
[93] V. Scalia, *Violenza di Stato per la sicurezza,* ne *il manifesto,* 13 marzo 2013.

E' certo, allora, che con la criminalizzazione della tortura, se non gli abusi, cesserebbe certamente l'attuale stato di impunità che le rare sentenze di condanna hanno solo scalfito:

[1] Configurato come un reato proprio, l'ambito di applicazione della nuova fattispecie chiamerebbe in causa qualunque pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio[94]: il poliziotto o il carabiniere che arresta, il procuratore che interroga, l'agente penitenziario che tiene in custodia, il direttore del carcere che sovrintende alla detenzione, il medico del carcere o di un CIE, il dirigente di polizia che dirige le operazioni di ordine pubblico, il ministro degli Interni che le autorizza.

[2] L'ambito di applicazione del nuovo reato includerebbe anche la condotta omissiva, giacché non impedire un reato (di tortura) equivale a cagionarlo. Diventa così sufficiente, per consumare il delitto, che il pubblico ufficiale ne sia istigatore, complice consenziente o mero soggetto acquiescente alla commissione del crimine. Pertanto il reato di tortura si configurerebbe anche quando a commetterlo è un cittadino comune ovvero gruppi para-legali utilizzati a tal fine da un pubblico ufficiale, o quando quest'ultimo tacitamente acconsente alla commissione di atti di tortura compiuti da soggetti privati, o quando si sottrae volontariamente all'obbligo di impedirli.

[3] Coerentemente con quanto descritto dall'art. 1, CAT, il nuovo reato richiederebbe, quale suo elemento psicologico, un dolo specifico: l'intenzione di porre in essere (o di non impedire) un atto violento inteso a umiliare, offendere, degradare la vittima. Tale elemento intenzionale prevale sul motivo della tortura, qualunque esso sia, precludendo così la causidica interpretazione che nega la qualifica di tortura all'interrogatorio violento se diretto principalmente a ottenere informazioni ritenute rilevanti per salvare vite umane: «il motivo non altera la fattispecie» e la tortura rimane sempre tortura «se è inflizione deliberata di sofferenze contro un soggetto indifeso»[95].

[4] A ridurre gli spazi di impunità contribuirebbe anche l'imprescrittibilità del nuovo reato di tortura e la sua sottrazione a provvedimenti estintivi di clemenza, in rima con quanto può ricavarsi dal diritto pattizio[96]. Come anche il principio della c.d. giurisdizione universale che consente di sottoporre il presunto autore di atti di tortura alle «autorità competenti per lo svolgimento dell'azione penale», indipendentemente dal luogo dove il reato è stato commesso[97].

La pervasività del nuovo crimine – se introdotto nell'ordinamento penale ricalcandone la fisionomia imposta dagli obblighi internazionali – sarebbe capace, dunque, di erodere gli spazi di impunità di cui hanno fino ad oggi potuto godere gli apparati statali della sicurezza, i relativi soggetti apicali, i loro uomini. Meglio, allora, soprassedere, avendo cura di invocare ragioni ostative più spendibili sul mercato della comunicazione politica, della discussione pubblica e della suggestione mediatica.

11. La messa in discussione della politica migratoria.

Né vanno sottovalutati ulteriori corollari all'eventuale repressione penale del reato di tortura, che egualmente contribuiscono a spiegarne la mancata introduzione. Molte delle politiche securitarie realizzate negli ultimi anni dovrebbero cessare e, nel caso, obbligherebbero lo Stato a perseguire penalmente chi le mettesse in opera.

Vale, ad esempio, per la politica degli allontanamenti degli immigrati, irregolari o clandestini, praticata al riparo di scelte legislative e accordi bilaterali con paesi (come la Libia o l'Egitto) dove la tortura è, più che una probabile ipotesi, una pratica diffusa. Per gli obblighi

[94] Cfr. P. Gonnella, *op. cit.*, 72-73.

[95] M. La Torre – M.. Lalatta Costerbosa, *op. cit.*, 130.

[96] Per il tentativo – andato a vuoto – della Procura generale di Genova di ottenere l'introduzione di una regola simile nel nostro ordinamento, per il tramite di giudicato costituzionale, vedi *infra*, § 14 e nota 118.

[97] Cfr. Art. 7, CAT. Il principio della giurisdizione universale è stato fatto proprio dal nostro ordinamento con la legge n. 498 del 1988, in esecuzione della medesima Convenzione, anche se l'assenza di uno specifico reato di tortura ne ostacola l'operatività (dovendosi, caso per caso, verificare se il reato commesso oltreconfine configuri o meno un fatto qualificabile come tortura ai sensi del suo art. 1): vedi, *supra,* nota 45.
Segnalo che il disegno di legge approvato dalla Commissione Giustizia del Senato (vedi *supra,* nota 44) prevede altresì (art. 3) che «non può essere riconosciuta l'immunità diplomatica ai cittadini stranieri sottoposti a procedimento penale o condannati per il reato di tortura in altro Paese o da un tribunale internazionale». In tema vedi la recentissima sentenza della Corte EDU, sez. IV, *Jones e altri c. Regno Unito,* 14 gennaio 2014, in *Dir. pen. cont.* 28 gennaio 2014, con nota di C. Meloni, *Una importante sentenza della Corte EDU in materia di tortura e immunità dello Stato di fronte a una giurisdizione straniera*.

internazionali sottoscritti dall'Italia, nessuno Stato parte può espellere, respingere o estradare una persona verso un altro Stato nel quale vi siano seri motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta alla tortura[98].

Eppure è proprio per la violazione del divieto di *refoulement* che il nostro paese è stato condannato ripetute volte nell'ambito del Consiglio d'Europa[99]: la Corte EDU, infatti, ha riaffermato la natura assoluta del divieto, negando la praticabilità di un bilanciamento tra la pericolosità del soggetto allontanato e il rischio che lo stesso possa subire altrove trattamenti inumani e degradanti[100]. L'inderogabilità del divieto è stata confermata[101] anche in presenza di circostanze eccezionali riconducibili a esigenze di contrasto dell'immigrazione illegale, come nel caso dei circa 200 somali ed eritrei (tra cui bambini e donne in stato di gravidanza), intercettati il 6 maggio 2009 in acque internazionali a 35 miglia a sud di Lampedusa, presi a bordo di un'imbarcazione italiana e respinti a Tripoli dove, contro la loro volontà, vennero riconsegnati alle autorità libiche, senza previa identificazione e ingannati dalle autorità italiane quanto alla loro reale destinazione: «In una nota il Consiglio italiano dei rifugiati ricostruisce le condizioni di vita in Libia dei migranti respinti il 6 maggio 2009. La maggior parte di essi è stata reclusa per molti mesi nei centri di detenzione libici ove ha subito violenze e abusi di ogni genere»[102].

La stessa misura ordinaria del trattenimento dell'immigrato, irregolare o clandestino, all'interno dei CIE diventerebbe un luogo sensibile da monitorare con attenzione nell'ambito di una doverosa attività di prevenzione e repressione del nuovo reato di tortura: non diversamente dalla restrizione in un carcere o in una cella di sicurezza o in un ospedale psichiatrico giudiziario, anche la detenzione amministrativa dovrà svolgersi nel rispetto degli *standard* europei, al di sotto dei quali scatta la condanna per violazione del divieto di tortura (e di trattamenti inumani e degradanti)[103].

12. La necessità di rivedere le attuali politiche penitenziarie.

All'indomani della sentenza-pilota pronunciata nel caso *Torreggiani e altri c. Italia* dalla Corte EDU[104], diventa più facile comprendere anche il nesso tra condizioni detentive nelle carceri italiane e tortura. Non si è lontani dal vero se si intravede, in tale collegamento, un'altra inconfessata ragione ostativa alla sua criminalizzazione.

Da tempo la giurisprudenza penale[105] ritiene che una pluralità di condotte violente, vessatorie, umilianti e degradanti da parte di appartenenti alla polizia penitenziaria ai danni di detenuti in ambiente carcerario integri il delitto di maltrattamenti (art. 572 c.p.), allorquando le condotte realizzate siano espressione di una pratica reiterata e sistematica. Ma una volta certificata dai giudici di Strasburgo l'esistenza di una prassi detentiva che vìola il divieto di

[98] Cfr. art. 3, CAT. Integrando l'attuale art. 19, decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 [testo unico sull'immigrazione], il disegno di legge approvato in Commissione Giustizia del Senato (vedi *supra,* nota 44) prevede che «non sono ammessi il respingimento o l'espulsione o l'estradizione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta a tortura. Nella valutazione di tali fatti si tiene conto anche dell'esistenza, in tale Stato, di violazioni sistematiche e gravi dei diritti umani».

[99] Per le opportuni indicazioni giurisprudenziali rimando ad A. Pugiotto, «*Purché se ne vadano*». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero,* in *Annuario 2009. Lo statuto costituzionale del non cittadino,* Jovene, Napoli, 2010, 380 nota 166.

[100] Corte EDU, Grande Camera, *Saadi c. Italia,* 28 febbraio 2008; Corte EDU, sez. II, *Trabelsi c. Italia,* 13 aprile 2010.

[101] Corte EDU, Grande Camera, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia,* 23 febbraio 2012.

[102] Cfr. Commissione straordinaria del Senato per la tutela e la promozione dei diritti umani, *Rapporto,* cit., 106 nota 49.

[103] Con riferimento al trattenimento degli stranieri in condizioni tali da configurare un'accertata violazione dell'art. 3 CEDU, cfr. Corte EDU, *S.D. c. Grecia,* 11 giugno 2009; Corte EDU, *Tabesh c. Grecia,* 26 novembre 2009; Corte EDU, *A.A. c. Grecia,* 22 luglio 2010; Corte EDU, *M.S.S. c. Grecia e Belgio,* 22 gennaio 2011.

Per rimanere nel nostro cortile di casa, un quadro complessivo delle condizioni effettive in cui si svolge il trattenimento nei CIE si ricava da alcune indagini non reticenti: la Relazione sulle visite ad alcuni centri di accoglienza e di trattenimento svolte dalla Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani del Senato (allegata al suo *Rapporto,* cit., 160-186); il Rapporto sullo stato dei diritti in Italia *Lampedusa non è un'isola. Profughi e migranti alle porte d'Italia,* a cura di L. Manconi e S. Anastasia (Associazione A Buon Diritto Onlus, giugno 2012); l'Appendice al recente libro di C. Mazza, *La prigione degli stranieri. I Centri di Identificazione e di Espulsione,* Ediesse, Roma, 2013, 145-158, dedicata ai CIE oggi attivi in Italia e alle loro principali caratteristiche strutturali.

[104] Corte EDU, sez. II, *Torreggiani e altri c. Italia,* 8 gennaio 2013. In precedenza, l'Italia era stata già condannata per violazione del divieto d tortura *ex* art. 3 CEDU, in ragione delle condizioni carcerarie in cui erano stati costretti i detenuti ricorrenti: cfr. Corte EDU, sez. II, *Sulejmanovic c. Italia,* 16 luglio 2009; Corte EDU, sez. II, *Cara-Damiani c. Italia,* 7 febbraio 2012; Corte EDU, sez. II, *Scoppola c. Italia (n.4),* 17 luglio 2012.

[105] Cfr. Cass. sez. II, 21 maggio 2012, in *Quest. Giust.* 2012, 203 ss. (in particolare 204 e, ivi, ulteriori indicazioni giurisprudenziali).

tortura e di trattamenti inumani e degradanti, in ragione di un sovraffollamento carcerario accertato come «strutturale e sistemico», l'imputazione del nuovo reato di tortura e la ricerca delle relative responsabilità personali saranno un passaggio obbligato.

Non potrebbe più soccorrere l'amministrazione penitenziaria il ricorso all'ambiguo parametro – da anni sugli scudi – della c.d. capienza tollerabile, miracolosamente capace nelle statistiche ministeriali di ridurre (ma mai di azzerare) lo *spread* tra il numero di detenuti presenti negli istituti di pena e il numero di posti effettivamente disponibili. Il fatto è che il diritto pattizio fascia in un unico divieto sia la tortura che i trattamenti inumani e degradanti e, per quanto concettualmente isolabili[106], la loro proibizione opera senza soluzione di continuità[107]. Indebitamente, il criterio della capienza tollerabile oscilla invece all'interno di tale divieto generale, con la pretesa di fissarvi una linea di separazione tra ciò che è e ciò che non è ancora trattamento vietato, introducendovi così «una pericolosa variante soggettiva»[108].

E ancora. La condizione di sovraffollamento all'interno di un istituto di pena, tale da configurare gli estremi dell'inedito reato di tortura, costringerà al differimento dell'esecuzione della pena, scelta obbligata per il direttore del carcere (che dovrà rifiutarsi di accogliere ulteriori detenuti) come anche per il giudice di sorveglianza, altrimenti chiamati a risponderne. Troverebbe così implementazione – in forma addirittura più radicale, perché obbligatoria – la soluzione normativa che si è cercato inutilmente di ottenere per via di giudicato costituzionale, attraverso mirate questioni di legittimità incidentali aventi ad oggetto l'art. 147 c.p., «nella parte in cui non prevede, oltre ai casi ivi espressamente contemplati, l'ipotesi di rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena quando essa debba svolgersi in condizioni contrarie al senso di umanità»[109].

Da ultimo, in una logica di prevenzione del nuovo reato di tortura, andrà ripensata anche l'attuale politica di edilizia penitenziaria[110]. Se la scarsa visibilità di un istituto carcerario e la difficoltà a raggiungerlo contribuiscono a renderlo una zona buia e franca al controllo di soggetti esterni, la decisione di dove ubicarlo dovrà tenerne conto. Se il momento custodiale è tra i più a rischio perché crea quella condizione di totale soggezione, materiale e psicologica, del detenuto al soggetto in posizione di supremazia, anche qui andranno prese le opportune precauzioni infrastrutturali: garantire identici *standard* di vivibilità per le camere di sicurezza e le celle del carcere, vietare la loro insonorizzazione, evitare istituti penitenziari monocellulari, attrezzare le sezioni degli istituti di pena con impianti di video sorveglianza.

All'indomani dell'introduzione del reato di tortura, dunque, si dovrà guardare anche alle politiche penitenziarie come ad un problema alla lavagna, ricorrendo più volte al cancellino, perché molti passaggi dati fin qui per scontati si riveleranno errati. Bisognerà ricominciare da capo, per venirne finalmente a capo.

13. Le cose da fare nel frattempo (e in breve tempo).

Introdurre nel codice penale il reato di tortura si deve. Nella consapevolezza, tuttavia, che esso rappresenta la «condizione necessaria ma non sufficiente per punire i torturatori»[111] e, soprattutto, per circoscrivere nella misura massima possibile la loro azione criminale: per riuscirci davvero, infatti, s'impone anche l'adozione di adeguate misure di prevenzione e di controllo.

[106] Cfr. A. Cassese, *Umano-Disumano. Commissariati e prigioni nell'Europa di oggi,* Laterza, Roma-Bari, 1994, 55-56.

[107] Così, alla luce della citata sentenza della Corte EDU, sez. II, *Torreggiani e altri c. Italia,* A. Pugiotto, *La clemenza necessaria*, in *Dir. pen. cont.,* 10 dicembre 2013.

[108] P. Gonnella, *op. cit.,* 71. La categoria della c.d. capienza "tollerabile" è evidentemente frutto di falsa coscienza. Lo testimoniano due elementi: [1] chi la qualifica come tale è l'amministrazione penitenziaria, e non coloro i quali la devono tollerare, cioè i detenuti; [2] la sua identificazione, per espressa ammissione della stessa amministrazione penitenziaria, avviene per opposizione (non alla capienza "ottimale", bensì) alla capienza "regolamentare", dal che si evince agevolmente che quella "tollerabile" – non essendo "regolamentare" – è illegittima. [Devo l'acuta osservazione a Stefano Anastasia, che ringrazio].
Meglio, molto meglio parlare allora di capienza "costituzionale" (F. Corleone – A. Pugiotto, *Quando il delitto è la pena*, in *Dir. pen. cont.,* 20 novembre 2012, p. 7: un concetto, questo, che non può limitarsi al numero di posti letto (veri o presunti, sempre più a castello) e che ha la capacità di rammentare come la legalità della detenzione si misuri nel rispetto della sua *finalità* (la risocializzazione del reo) e della sua *natura* (il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità), che l'art. 27, 3° comma, della Costituzione impone a tutti, amministrazione penitenziaria compresa.

[109] Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 279/2013.

[110] Coglie acutamente il nesso P. Gonnella, *op. cit.,* 84-87, delle cui riflessioni il testo fa sintesi.

[111] P. Gonnella, *op. cit.,* 49.

Quanto alle prime, è dai rapporti del CPT del Consiglio d'Europa[112] che è possibile attingere una serie di opportune quanto fondamentali raccomandazioni: ridurre al minimo i tempi di custodia nelle celle di sicurezza delle forze dell'ordine; garantire l'immediata presenza del difensore a interrogatori e ispezioni; avvertire senza ritardo i familiari del soggetto sottoposto a fermo; riconoscere all'arrestato il diritto, se lo desidera, di essere visitato da un medico di sua scelta in aggiunta a qualsiasi visita effettuata da un medico chiamato da polizia o carabinieri; informare la persona interessata dei suoi diritti in una lingua a lui comprensibile, anche attraverso la distribuzione d'ufficio – fin dall'inizio della sua detenzione – di un documento illustrativo; investire nella formazione professionale delle forze dell'ordine, chiamando gli incaricati a comunicare senza ambiguità ai loro subordinati che i maltrattamenti sono inammissibili e severamente puniti[113]; dedicare in tale attività formativa un'attenzione particolare all'apprendimento delle tecniche di comunicazione interpersonale con i soggetti detenuti. Sul piano normativo, indispensabile si rivela anche la ratifica ed esecuzione, da parte dell'Italia, della Convenzione internazionale di Parigi del 2007 per la protezione di tutte le persone dalla sparizione forzata, «implicando quasi tutti i casi di sparizione forzata anche pratiche di tortura»[114].

Sul versante complementare delle misure di controllo, in forza di quanto accettato con la recente legge n. 195 del 2012, l'Italia è già soggetta al potere di visita, senza previa autorizzazione, da parte del Sottocomitato ONU per la prevenzione della tortura. Egualmente, si è obbligata a creare un meccanismo nazionale indipendente di prevenzione della tortura, entro un anno dall'entrata in vigore del Protocollo opzionale alla CAT[115]. Trova così espressione normativa un obbligo di collaborazione con gli organi – internazionali e nazionali – deputati a garantire il rispetto del divieto di tortura: si tratta di una vera e propria rete (di protezione) che, integrandosi tra i suoi differenti livelli (la nuova autorità nazionale[116], il Comitato voluto dal Consiglio d'Europa, quello previsto dalla Convenzione ONU), è in grado di affiancare al controllo giurisdizionale un meccanismo più tempestivo e maggiormente efficace nella prevenzione dei maltrattamenti.

Il termine entro il quale anche l'Italia, come già hanno provveduto a fare altri paesi, dovrà dotarsi di questo inedito organo di garanzia nazionale è oramai dietro l'angolo: il 3 maggio 2014. L'anno che si è aperto da poco, quindi, viene così ad arricchirsi di un ulteriore adempimento oltre ad altri egualmente inderogabili e dalla scadenza certa: la risoluzione del problema strutturale e sistemico del sovraffollamento carcerario (28 maggio 2014)[117] e, prima ancora, la chiusura definitiva degli attuali ospedali psichiatrici giudiziari e la loro sostituzione

[112] Cfr., ad esempio, il *Rapporto degli ispettori europei sullo stato delle carceri in Italia (che vale anche da manuale di istruzioni per carcerieri, carcerati e cittadini in provvisoria libertà),* a cura di A. Sofri, Sellerio, Palermo, 1995. Vedi anche *Il collasso delle carceri italiane. Sotto la lente degli ispettori europei,* a cura di L. Astarita, P. Gonnella, S. Marietti, Sapere 2000 Edizioni Multimediali, Roma, 2003.

[113] In ottemperanza, peraltro, all'art. 10, CAT: «Ogni Stato parte vigila affinché l'insegnamento e l'informazione relativi all'interdizione della tortura siano parte integrante della formazione del personale civile o militare incaricato dell'applicazione delle leggi, del personale medico, degli agenti della funzione pubblica e di altre persone che possono intervenire nel corso della custodia, dell'interrogatorio o del trattamento di ogni individuo arrestato, detenuto o imprigionato in qualsiasi maniera».

[114] Così la già citata *Dichiarazione di Milano-Bicocca sulla Prevenzione della Tortura* (punto 19 del *Considerato nel caso specifico*). In tema vedi G. Venturini, *Tortura e sparizioni forzate,* in *La tortura nel nuovo millennio,* cit., 35 ss.

[115] Nelle intenzioni del Governo a ciò risponderebbe l'istituzione del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, prevista all'art. 7, decreto legge 24 dicembre 2013, n. 146, contenente *Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria* (attualmente in conversione alle camere). C'è da dubitare, tuttavia, che il nuovo ufficio soddisfi adeguatamente i requisiti di indipendenza imposti dal rispetto degli obblighi pattizi sottoscritti: organo collegiale istituito presso il Ministero della giustizia, i suoi tre membri sono nominati con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, previa delibera del Consiglio medesimo e sentite le competenti commissioni parlamentari; si avvale di strutture e risorse messe a disposizione dal Ministro della giustizia; il suo ufficio è composto da personale dello stesso Ministero e la sua struttura è rimessa a un successivo regolamento del Guardasigilli; sono esclusi in suo favore indennità o emolumenti per l'attività prestata, salvo il diritto al rimborso spese. Tra le funzioni assegnate al Garante, colpisce che le sue visite alle camere di sicurezza delle Forze di polizia – diversamente da quelle in ogni altra struttura restrittiva o limitativa della libertà personale – sia possibile solo previo avviso e purché da ciò non derivi danno per le attività investigative in corso.
In altre parole, il controllore nasce da una costola del controllato e da esso non si separa mai (sul piano strutturale, funzionale, economico). Pare essersene accorta la Camera che, in sede di conversione, ha indicato nel Presidente della Repubblica l'organo titolare del potere di nomina dei membri del Garante nazionale.

[116] Che andrà ad affiancarsi ai Garanti per i diritti dei detenuti e delle persone private della libertà personale attualmente esistenti a livello regionale (12), provinciale (7) e comunale (25): cfr. Camera dei Deputati, Servizio Studi-Dipartimento Giustizia, *Documentazione per l'esame di Progetti di legge,* n. 107, 7 gennaio 2014, 71.

[117] Cui ci ha condannato la Corte EDU, sez. II, con la sentenza *Torreggiani e altri c. Italia,* divenuta definitiva dopo che il ricorso del governo italiano – promosso davanti alla Grande Camera ai sensi dell'art. 43 CEDU – è stato dichiarato inammissibile dall'apposito collegio: cfr. *Press release,* ECHR 161 (2013) 28 maggio 2013.

con nuove strutture sanitarie territoriali in ambito regionale, a ridotta capienza e dai differenti livelli di vigilanza (31 marzo 2014)[118]. Calendario impegnativo, non c'è che dire, dove tuttavia restano ampie finestre temporali per provvedere finalmente a quanto fino ad oggi ancora non è stato fatto: l'introduzione del reato di tortura. Venisse realizzato integralmente un simile cronoprogramma, il 2014 si rivelerebbe davvero un anno di grazia per chi ha a cuore il livello di civiltà del nostro Paese.

14. Un uso costituzionale del vigente divieto di tortura.

In attesa del reato che non c'è, va comunque eliminato un equivoco: quello secondo il quale l'attuale divieto di tortura, operando nell'ambito delle relazioni tra Stati, rappresenterebbe un'arma caricata a salve all'interno dell'ordinamento nazionale. Non è così. Si tratta, invece, di uno strumento efficace, a saperlo usare costituzionalmente.

La definizione pattizia di ciò che costituisce tortura, sul piano dell'elemento materiale e psicologico della condotta, configura il suo divieto come norma certamente autoapplicativa. A riprova della sua natura *self executing*, è sufficiente ripensare al già citato art. 185-*bis* c.p.m.g. che definisce il relativo reato attraverso un implicito rinvio mobile (per come la fattispecie di tortura è contemplata nelle fonti pattizie e secondo la loro evoluzione interpretativa), agganciandovi poi la dosimetria sanzionatoria necessaria per la sua completa trasposizione nell'ordinamento interno.

Come abbiamo visto, la circostanza che non si sia ancora fatto altrettanto al di fuori dell'ordinamento penale militare impedisce che il divieto di tortura operi come fonte di responsabilità penale comune. Ma ciò non preclude affatto la sua operatività come *obbligo negativo* già ora vigente nell'ordinamento e pienamente vincolante per la potestà legislativa dello Stato: infatti – come più volte ricordato – essa è chiamata dalla Costituzione a conformarsi sia alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute (art. 10, 1° comma) sia agli obblighi internazionali pattizi (art. 117, 1° comma). Si apre così la strada per adoperare il divieto di tortura nell'ambito del sindacato di costituzionalità delle leggi, quale norma interposta idonea ad integrare i suddetti parametri di cui si denunci la violazione. Così un'arma che sembrava scarica si rivela, invece, di precisione e potenzialmente capace di andare dritta al bersaglio cui mira il giudice *a quo*.

E' la strategia messa in atto dalla Procura generale di Genova nel processo di ultimo grado per i fatti della scuola Diaz, sospettando l'incostituzionalità dell'art. 157 c.p. e dell'art. 1, legge n. 241 del 2006, nella parte in cui non escludono dalla prescrizione e dall'indulto «i delitti, comunque nominati e qualificati ai sensi del diritto interno, integranti condotte in violazione dell'art. 3 CEDU» come interpretato dalla Corte di Strasburgo nella sua copiosa giurisprudenza in materia (laddove riconosce l'imprescrittibilità del reato di tortura). In ragione di ciò, la Procura generale ha sollecitato – senza successo[119] – la Cassazione a promuovere la relativa *quaestio* per violazione indiretta (perché mediata dall'art. 3 CEDU) del dovere di rispetto degli obblighi internazionali *ex* art. 117, 1° comma, Cost.

La medesima strategia – questa volta, però, senza infrangersi contro la barriera dell'art. 25, 2° comma, Cost. – potrà essere adoperata per sottoporre a giudizio della Corte costituzionale istituti presenti nel nostro ordinamento i quali, nella loro trama legislativa non meno che nella loro effettiva applicazione, siano sospettabili di integrare gli estremi della tortura e del trattamento crudele, inumano e degradante. E' il caso, ad esempio, dei regimi giuridici del c.d.

[118] Cfr. decreto legge 25 marzo 2013, n. 24, conv. in legge 23 maggio 2013, n. 57. Come già accaduto (originariamente, la legge 17 febbraio 2012, n. 9 indicava nel 31 marzo 2013 il termine a decorrere dal quale gli internati in ospedale psichiatrico giudiziario avrebbero dovuto essere dismessi), si prefigura un ulteriore rinvio del *dies ad quem:* è di queste settimane la richiesta avanzata dalla Conferenza delle Regioni di posticiparlo al 31 marzo 2017. In tema sia consentito rimandare ad A. Pugiotto, *L'ergastolo nascosto (e altri orrori) dietro i muri degli ospedali psichiatrici giudiziari,* in *Quad. Cost.,* 2013, 343 ss.

[119] Cfr, Cass., sez. V pen., 5 luglio 2012 (dep. 2 ottobre 2012), n. 38085, in *Dir. pen. cont.,* 16 ottobre 2012, annotata da A. Colella, *La sentenza della Cassazione sui fatti della scuola Diaz: un nuovo tassello nella trama dei rapporti tra sistema penale italiano e Convenzione europea dei diritti dell'uomo.* La sentenza respinge l'eccezione prospettata dalla Procura generale come manifestamente infondata [*rectius:* inammissibile], in ragione del divieto per la Corte costituzionale di adottare pronunce il cui effetto sia quello «di incidere *in peius* sulla risposta punitiva o su aspetti inerenti alla punibilità» qual è la disciplina della prescrizione (e la concessione di provvedimenti clemenziali). Prospettava invece – non infondatamente – un differente esito per l'eccezione della Procura generale V. Zanetti, *La tortura dalle parti di Bolzaneto e della Diaz,* cit., 432-434, ipotizzando la possibilità per la Corte costituzionale di pronunciare una sentenza additiva di principio.

ergastolo ostativo e del c.d. carcere duro, rispettivamente contemplati agli artt. 4-*bis* e 41-*bis* dell'ordinamento penitenziario, ulteriormente irrigiditi da prassi interne agli istituti di pena[120]: coloro che vi sono sottoposti vivono una condizione di grave dolore e sofferenza, fisica e mentale, cui sono intenzionalmente costretti per propositi che – dietro dissimulate finalità ufficiali – mirano ad ottenere informazioni o confessioni o a punire il soggetto per un atto di cui è sospettato (il regime di cui al 41-*bis* – è bene ricordarlo – si applica anche a detenuti in attesa di giudizio). La domanda è abrasiva, ma andrà pure posta: siamo certi che simili dinamiche normative non integrino quel divieto, assoluto e inderogabile, cui siamo costituzionalmente vincolati?[121]

Vale, dunque, la pena di tentare un uso costituzionalmente orientato del divieto di tortura, quale norma interposta nel sindacato di legittimità delle leggi. Lo si può fare con una determinazione pari alla certezza della sua agibilità giuridica. Non riesce a precluderla neppure l'obiezione che ergastolo ostativo e carcere duro – in quanto previsti dalla legge – rappresentano misure restrittive legittime, ed è dato normativo testuale quello secondo il quale la tortura «non comprende il dolore o la sofferenza che risultino esclusivamente da, o siano inerenti o incidentali rispetto a *sanzioni lecite*» (art. 1, CAT). E' un ostacolo solo apparente: vediamo perché.

15. «Sanzioni lecite», tortura e volto costituzionale della pena.

Il sintagma «sanzioni lecite» si presta a due differenti interpretazioni[122]. L'una, di tipo originalista, considera tali le sanzioni comunque previste dal diritto penale nazionale. L'altra, di tipo evolutivo, conduce a considerare lecite soltanto le sanzioni consentite dal diritto internazionale. Non è difficile argomentare la netta preferenza per la seconda delle due letture.

E' chiaro a tutti che la tesi del mero rinvio in bianco ai singoli ordinamenti nazionali rischia di vanificare l'effettività del divieto internazionale di tortura: qualunque trattamento, anche il più crudele e inumano, purché contemplato dalla legislazione penale interna, sarebbe per ciò solo ammesso. E' proprio per evitare simili rischi che, diversamente dalla CAT, altre fonti del diritto pattizio in materia non includono – tra gli elementi descrittivi della fattispecie – la clausola della liceità delle sanzioni[123]. La volontà di uno Stato parte di circoscrivere l'oggetto del divieto di tortura non si può escludere, ma deve trovare coerente espressione nell'apposizione di mirate riserve al momento della ratifica del diritto pattizio in materia: se uno Stato non l'ha fatto (e l'Italia è tra questi) non si vede perché possa ottenere, dissimulandolo, il medesimo risultato *ex post,* per via interpretativa, e senza costi politici aggiuntivi davanti alla comunità internazionale[124].

L'interpretazione evolutiva, al contrario, ha il pregio di includere nella messa al bando qualunque comportamento rientrante nella nozione di «punizioni e trattamenti crudeli, inumani e degradanti» vietati dal diritto internazionale, così preservando il *continuum* di un'interdizio-

[120] Per farsene un'idea – per così dire – *intra moenia,* suggerisco la lettura di alcuni libri: l'antologia di N. Valentino, *L'ergastolo. Dall'inizio alla fine*, Sensibili alle foglie, 2° ed., 2009; la raccolta d'interviste di F. De Carolis (a cura di), *Urla a bassa voce. Dal buio del 41 bis e del fine pena mai,* Stampa Alternativa, Pavona (Roma), 2012; il diario di C. Musumeci, *L'urlo di un uomo ombra. Vita da ergastolano ostativo,* Edizioni Smasher, Barcellona Pozzo Li Gotto (Me), 2013.

[121] Sulla pena dell'ergastolo (anche) ostativo cfr. l'intera Parte Seconda del volume curato da F. Corleone e A. Pugiotto, *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere,* Ediesse, Roma, 2012, 79-147. Sull'istituto del regime detentivo dell'art. 41-*bis,* cfr. l'intera Parte Terza del volume curato da F. Corleone e a. pugiotto, *Volti e maschere della pena. Opg e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa,* Ediesse, Roma, 2013, 161-221.

Peraltro, è accaduto che sia stata negata l'espulsione dagli Stati Uniti in Italia di un noto esponente mafioso, destinato alla probabile sottoposizione ad un regime detentivo – il 41-*bis* -, qualificato come tortura dal Giudice federale di Los Angeles: l'espulsione dell'interessato, dunque, avrebbe configurato una violazione del divieto di cui all'art. 3, CAT. Sul "caso Gambino" cfr. E. Nicosia, *Il c.d. 41 bis è una norma di tortura o trattamento crudele, inumano o degradante?* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 2009, 1240 ss., il quale nega che il regime di carcere duro, «allo stato attuale», possa qualificarsi tortura (p. 1271), così come ritiene che esso si collochi «poco al di sotto» della soglia minima di gravità oltre la quale si configurerebbe un trattamento crudele, inumano o degradante (p. 1272). [Segnalo, però, che il saggio di Emanuele Nicosia precede l'ulteriore inasprimento del regime dell'art. 41-*bis,* conseguente alla legge 15 luglio 2009, n. 94].

[122] Cfr. A. Gianelli – A. Marchesi, *Il paradosso della tortura,* cit., 148.

[123] Così, ad esempio, l'art. 3 CEDU, e l'art. 4 Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

[124] L'altra strada per aggirare il divieto assoluto e inderogabile di tortura – l'approvazione di una legge di adattamento che ne restringa l'oggetto – è da considerarsi invece preclusa, all'indomani della legge costituzionale n. 3 del 2001, che ha introdotto nell'attuale art. 117, 1° comma, Cost. il vincolo della legislazione statale anche agli obblighi internazionali pattizi (per come interpretati dalle giurisdizioni internazionali: cfr. sentt. nn. 348 e 349/2007 della Corte costituzionale)

ne che li parifica alla vera e propria tortura. Tale opzione ermeneutica, inoltre, garantisce il progressivo adeguamento ad una nozione di tortura (e del relativo divieto) capace di tenere il passo di una realtà dinamica, purtroppo in continua trasformazione: ciò che si è inteso vietare, infatti, non sono i singoli metodi di tortura ma la tortura come metodo[125].

C'è dell'altro. Guardata dalla prospettiva del diritto interno, l'interpretazione originalista deve fare i conti con una Costituzione rigida che è in grado di espellere sanzioni lecite (perché previste dalla legge) ma illegittime (perché incostituzionali): il presupposto del monopolio statale della forza non significa né implica che allo Stato sia permessa ogni violenza, e una pena che presenti i connotati della tortura (o di un trattamento crudele o inumano o degradante) è una pena *extra ordinem*[126]. Non è né può essere considerata, dunque, una «sanzione lecita».

Del resto, anche quando la tortura è praticata come strumento di punizione, pena e tortura – giuridicamente parlando – non sono mai l'una il calco dell'altra: è sufficiente guardare al volto costituzionale della pena e della sua esecuzione per rendersene agevolmente conto:

[1] La pena risponde ad una finalità eminentemente risocializzatrice del condannato, «da quando nasce, nella astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue» (sent. n. 313/1990); la tortura, invece, ha come fine immediato «quello di provocare una sofferenza intollerabile»[127].

[2] La pena edittale deve essere proporzionata al fatto di reato, tanto da risultare certamente incostituzionale se irragionevolmente sproporzionata[128]. La severità della tortura, viceversa, non ha nulla a che fare con la gravità del reato commesso, rimandando «a ragioni politiche in nome delle quali può essere accantonata ogni richiesta di corrispondenza e di proporzionalità»[129].

[3] La tortura presenta, nella sua fenomenologia, un tratto crudele e spietato che è, viceversa, costituzionalmente interdetto alle pene, le quali non possono mai consistere «in trattamenti contrari al senso di umanità» (art. 13, 3° comma).

[4] La pena detentiva è concepibile come sanzione avente una sua durata temporale misurabile: è la legge a prefissarne il compasso edittale, fino alla estensione estrema del carcere a vita[130]. Entrambi i predicati mancano nella tortura: la sua durata è una variabile dipendente dall'imprevedibile volontà del carnefice e dall'altrettanto imprevedibile resistenza della vittima, né la pena del supplizio «è veramente concepibile come situazione permanente e duratura nel tempo»[131].

[5] L'esecuzione della pena è pensata come strumento di coesione sociale, attraverso un'equa retribuzione per la legalità violata, il recupero del condannato al consorzio civile, fin'anche la ricucitura della relazione strappata tra il reo e la sua vittima (come accade nelle forme di giustizia conciliativa e riparativa). Viceversa, «con la tortura è la stessa primitiva fiducia nel mondo che viene a cadere: non sappiamo più su cosa e su chi possiamo contare», giacché «nelle mani del torturatore può accadermi di tutto» e «nessuno e niente può più aiutarmi»[132]: qui, ogni residuo brandello solidaristico scompare e la coesione sociale viene disintegrata.

[125] Per riprendere il felice titolo del contributo di R. Noury, *Metodi di tortura e tortura come metodo,* in *Onorare gli impegni,* cit., 22.

[126] E' l'assunto da cui, ad esempio, muovono i Tribunali di sorveglianza di Venezia e di Milano nel prospettare la richiesta di intervento additivo della Corte costituzionale sull'art. 147 c.p., al fine di rendere possibile la sospensione o il differimento della pena in tutti i casi di esecuzione in condizioni talmente degradanti da non garantire il rispetto della dignità del condannato: cfr., rispettivamente, ordinanza 18 febbraio 2013, n. 67 (in G.U., I serie speciale, n. 16 del 2013) e ordinanza 18 marzo 2013, n. 18 (*ivi,* n. 18 del 2013). Nel respingere come inammissibili entrambe le questioni, la sentenza n. 279/2013 riconosce, tuttavia, l'attitudine del sovraffollamento carcerario a pregiudicare i connotati indefettibili del disegno costituzionale della pena e della sua esecuzione.

[127] M. La Torre – M. Lalatta Costerbosa, *op. cit.,* 68.

[128] Sul principio di proporzione della pena, da ultimo e ampiamente, A. Toscano, *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali,* Giuffrè, Milano, 2012, 29-154. Il principio di proporzionalità delle pene è ricavabile anche dall'art.7 CEDU e opera nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo quale clausola di salvaguardia sotto forma di divieto di pene «nettamente sproporzionate»,, benché operante «solo in casi rari ed eccezionali» (Corte EDU, Grande Camera, *Vinter e altri c. Regno Unito,* 9 luglio 2013).

[129] Così M.. Lalatta Costerbosa, *Per una storia critica,* cit., 13, sulla scia dell'insegnamento di Niccolò Machiavelli, o – per meglio dire – di quella sua interpretazione *neocon,* che fa sembrare l'Autore de *Il Principe* «un oltranzista del partito repubblicano: favorevole a Guantanamo, alle *renditions,* alle intercettazioni di massa e agli omicidi mirati dei droni» (A. Sofri, *Machiavelli, Tupac e la Principessa,* Sellerio, Palermo, 2013, 333 e 337-338).

[130] Della cui costituzionalità, peraltro, è lecito dubitare: cfr. A. Pugiotto, *Una quaestio in tema di ergastolo,* in *Dir. pen. cont.,* 5 marzo 2013, ora anche in appendice al volume *Volti e maschere della pena,* cit., 299-337.

[131] M. La Torre – M. Lalatta Costerbosa, *op. cit.*, 68.

[132] *Ivi*, 53, nella scia della testimonianza di J. Améry, *La tortura,* cit., 65-66. Ma vedi, invece, J. Semprún, *Esercizi di sopravvivenza,* cit., 47-49, 57-58, che parla della tortura come di «un'esperienza di solidarietà oltre che di solitudine. Un'esperienza di fraternità», con tutte le persone che – resistendo ai supplizi – vengono protette, così permettendo alla probabile morte individuale di nutrire la vita degli altri.

[6] La pena si traduce in una compressione non illimitata dei diritti del detenuto, il quale – oltre a conservare un irriducibile «residuo di libertà personale»[133] – resta titolare delle libertà costituzionali esercitabili nelle forme compatibili con la sua condizione di condannato e ristretto in carcere[134]. Viceversa, la tortura mira ad annientare la dignità umana del torturato che, ridotto a mera carne[135], viene così a perdere il diritto ad avere diritti e, con esso, la sua stessa soggettività giuridica.

Si chiude così la tenaglia che toglie, dalla nozione di «sanzioni lecite», tipologie di pene e modalità di esecuzione penale comunque riconducibili agli elementi descrittivi della fattispecie internazionale di tortura. Rimosso questo apparente ostacolo testuale, si conferma praticabile l'ipotesi di ricorrere al divieto di tortura quale parametro interposto nel sindacato di costituzionalità delle leggi.

«Si urla sotto tortura. Forse anche ora, in questo preciso istante»[136]: ecco perché non resta che urlarne più forte le ragioni d'incostituzionalità, in qualunque sua manifestazione (solo apparentemente) legale. In attesa che il legislatore penale si assuma finalmente le proprie responsabilità, ancora una volta è dal raccordo tra giudici *a quibus* e Corte costituzionale che è lecito, nel frattempo, attendersi qualcosa di inedito e significativo.

[133] Sentenza n. 526/2000, ma già prima cfr. sentenza n. 349/1993.

[134] Cfr, ora, per una ricognizione amministrativa, il decreto del Ministro della Giustizia 5 dicembre 2012, *Carta dei diritti e dei doveri dei detenuti e degli internati.* Per una riflessione costituzionalistica in materia cfr. M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione,* Giappichelli, Torino, 2002, e Id., *Dignità e carcere,* Editoriale Scientifica, Napoli, 2011.

[135] «Chi, infatti, nella tortura è sopraffatto dal dolore vede alla prova il suo corpo in maniera del tutto inedita», fino a percepirlo come entità separata e pericolosamente autonoma dalla propria volontà e dall'idea che si ha di sé stessi: su questa esperienza le testimonianze sono concordi (cfr. J. Améry, *La tortura,* cit., 72-74; L. Semprún, *Esercizi di sopravvivenza,* cit., 54-55).

[136] J. Améry, *La tortura,* 60.

ARTICOLO SOTTOPOSTO A PEER REVIEW

GLI EFFETTI DELLA CANCELLAZIONE DELLA SOCIETÀ DAL REGISTRO DELLE IMPRESE SULLA RESPONSABILITÀ "DA REATO" DELL'ENTE

Gaspare Jucan Sicignano

Abstract

La riforma del diritto societario del 2003 ha modificato gli effetti della cancellazione della società dal registro delle imprese, attribuendo a questi ultimi natura costitutiva. Secondo i primi arresti giurisprudenziali, si tratterebbe di un istituto equiparabile alla morte della persona fisica, sicché la cancellazione di società imputata per un reato previsto dal d.lgs. 231/2001 darebbe luogo a una causa estintiva della responsabilità. Ad un attento esame della materia, tuttavia, tale conclusione appare irragionevole, in quanto sprovvista di un sicuro ancoraggio normativo e dogmatico. Pertanto, pur suggerendosi la necessità di un intervento legislativo, l'autore propone una interpretazione correttiva, in modo da evitare che la cancellazione sia impiegata per eludere il regime punitivo delineato dal d.lgs. 231/2001.

Sommario 1. Introduzione. – 2. La cancellazione della società dal registro delle imprese. – 3. Gli effetti della cancellazione della società sulla responsabilità "da reato" dell'ente: la tesi che equipara la cancellazione della società alla morte del reo. – 3.1. La tesi "organico-sistematica" ed il riferimento alle vicende modificative dell'ente. – 4. Critica alla parificazione dell'estinzione dell'ente alla morte della persona fisica. – 4.1. Critica alla tesi "organico-sistematica". – 5. Le soluzioni eventualmente percorribili.

1. Introduzione.

Con il d.lgs. 6/2003[1] la riforma del diritto societario ha modificato radicalmente la disciplina degli effetti della cancellazione della società dal registro delle imprese e ha involontariamente posto le basi per l'elaborazione di uno strumento elusivo alla disciplina della responsabilità "da reato" degli enti, di cui al d. Lgs. 8 giugno 2001 n. 231.

E infatti, a seguito di tale riforma, si ritiene che la cancellazione della società dal registro delle imprese non ha più natura meramente dichiarativa, bensì tendenzialmente costitutiva[2] e tale da comportare, al suo verificarsi, l'estinzione irreversibile dell'ente, anche qualora, successivamente, emergessero rapporti giuridici ancora pendenti[3].

Sotto il profilo processual-civilistico, si tratterebbe di un fenomeno di natura prettamente estintiva, equiparabile, quanto agli effetti, alla morte della persona fisica[4], "talché – si aggiunge – i giudizi pendenti devono essere interrotti, nei modi e nei termini previsti dall'art. 299 e ss. c.p.c., ed essere proseguiti e riassunti da, o nei confronti, degli ex soci ai sensi dell'art. 110 c.p.c."[5].

Sul versante della responsabilità da reato degli enti, secondo la giurisprudenza[6] e la dottrina[7] maggioritaria, ne conseguirebbe l'emergere di una vera e propria "causa di estinzione del reato", tale da determinare "l'estinzione dell'illecito e la conseguente improcedibilità dell'azione penale, analogamente a quanto avviene nel caso di morte della persona fisica cui sia imputato un reato"[8].

Rebus sic stantibus, risulta evidente come, allo stato, basta cancellare la società dal registro delle imprese per sfuggire alla responsabilità da reato degli enti e per trasformare la grande "rivoluzione" inaugurata nel 2001 in un qualcosa di simile – per usare un paragone storico – alla "rivoluzione napoletana" del 1799, che, proprio come la responsabilità da reato degli enti, nacque ad opera di intellettuali imbevuti di suggestioni culturali "europee", salvo poi conoscere una repentina fine, a causa della sua natura troppo elitaria e poco attenta al concreto[9].

2. La cancellazione della società dal registro delle imprese.

Nell'ambito della disciplina della responsabilità da reato degli enti, il legislatore del 2001

[1] Il supplemento ordinario alla Gazzetta Ufficiale n. 8/L del 22 gennaio 2003 contiene i decreti legislativi numeri 5 e 6 del 17 gennaio 2003 di attuazione della legge delega n. 366/2001 che introduce modifiche al codice civile e di procedura civile. In realtà, mentre il d.lgs. n. 5/2003 riguarda i procedimenti in materia di diritto societario e d'intermediazione finanziaria, bancaria e creditizia, il d.lgs. n. 6/2003 ha ad oggetto la riforma delle società di capitali e delle cooperative. L'entrata in vigore di entrambi i decreti è avvenuta il 1° gennaio 2004.

[2] Per un esame più approfondito dell'istituto, volendo, G.J. Sicignano, *Gli effetti della cancellazione della società dal registro delle imprese*, in *Il Merito di Lex24* – la banca dati giuridica di Diritto del Sole 24 ore – Focus 20 giugno 2012.

[3] In questi termini C. Gobbi, *Il processo tributario*, Milano, 2011, p. 483 e ss.; secondo Cassazione civile, Sez. I, 28 agosto 2006, n. 18618 "in relazione alle società di capitali e cooperative, la cancellazione dal registro delle imprese produce l'effetto costitutivo della estinzione irreversibile della società, anche in presenza di crediti insoddisfatti e di rapporti di altro tipo non definiti". Assunto confermato da Cassazione civile, Sez. Un., 22 febbraio 2010, n. 4062.

[4] In questo senso M. Porzio, *La cancellazione*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber Amicorum*, GF Campobasso, Torino, 2007, p. 82; G. Positano, *L'estinzione della società per azione fra tutela del capitale e tutela del credito*, Milano, 2012, p. 113 e ss.; Cassazione civile, Sez. II, 15 ottobre 2008, n. 25192, che ha ritenuto inammissibile per difetto di legittimazione attiva il ricorso per cassazione proposto da una società (in nome collettivo) dopo la cancellazione dal registro delle imprese; si veda, in termini generali, anche App. Roma Sez. II, 2/2/06, n. 583, secondo cui "la fusione della società mediante incorporazione, ex art. 2051 ss c.c., determina automaticamente l'estinzione della società assoggettata a fusione ed il subingresso della società incorporata nei rapporti ad essa relativi, verificandosi una situazione giuridica che corrisponde a quella della successione a titolo universale e che, agli effetti processuali, va assimilata alla morte della persona fisica, sì da trovare la propria disciplina nell'art. 300 c.p.c. e da provocare l'interruzione del processo ove il procuratore della società incorporata abbia fatto la prescritta comunicazione dell'evento realizzatosi nel corso del giudizio".

[5] G. Positano, *L'estinzione della società per azione*, cit., 113 e ss.

[6] Tribunale di Milano, Sez. X pen., sent. 20 ottobre 2011, Pres. Gandus, Giud. Interlandi e Formentin, in *Dir. pen. cont.*, 26 ottobre 2011, secondo cui: "L'estinzione di una s.r.l. a seguito della sua liquidazione volontaria e della sua cancellazione dal registro delle imprese determina l'estinzione dell'illecito ex. D.lgs. 2001, n. 231, per il quale la s.r.l. sia stata rinviata a giudizio prima della sua cancellazione dal registro delle imprese, analogamente a quanto avviene per il reato imputato alla persona fisica nel caso di morte di quest'ultima".

[7] Per una panoramica più esauriente V. Napoleoni, *Le vicende modificative dell'ente*, in *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di G. Lattanzi, Milano 2010, 283 e ss.; P. Sfameni, *Responsabilità patrimoniale dell'ente* in *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, a cura di Giarda, Mancuso, Spangher, Varraso, Milano, 2007, 250; L.D. Cerqua, *Diritto penale delle società*, tomo primo, Padova, 2009, 1467, secondo cui: "la cancellazione della società dal registro delle imprese" è "metaforicamente paragonabile alla morte del reo (art. 69, co. 1, c.p.p.)".

[8] Tribunale di Milano, sent. 20 ottobre 2011, cit.; P. Sfameni, *Responsabilità patrimoniale dell'ente*, cit., 250.

[9] Secondo la classica ricostruzione di V. Cuoco, *Saggio storico sulla rivoluzione napoletana del 1799*, ed. Napoli, Tip. di M. Lambardi 1861.

è stato accusato[10] di aver dimenticato di affrontare due fattispecie "tutt'altro che peregrine o isolate"[11]: si tratta della cancellazione della società dal registro delle imprese, con conseguente messa in liquidazione e successivo scioglimento[12], e del fallimento.

Si è parlato, addirittura, di un "contrasto curioso"[13] emergente dalla disciplina di cui al d.lgs. 231/2001, che, da una parte, regola puntigliosamente le varie vicende modificative dell'ente e, dall'altra, rimane silente in merito a quelle vicende dell'ente che si concludono in un fatto estintivo[14].

In realtà, fino alla riforma del diritto societario, la *quaestio iuris* della cancellazione della società dal registro delle imprese non presentava aspetti problematici, assumendo natura indiscussa, in giurisprudenza[15], l'assunto secondo cui "l'effettiva estinzione della società non consegue all'esito meramente formale e contabile del procedimento di liquidazione, bensì alla completa definizione dei rapporti giuridici pendenti e soprattutto di tutte le passività sociali"[16].

È solo nel 2003 che i termini del dibattito mutano. In tale occasione, come già anticipato, viene modificato[17] l'art. 2945, comma 2, c.c., affermandosi che "ferma restando l'estinzione della società, dopo la cancellazione i creditori sociali non soddisfatti possono far valere i loro crediti nei confronti dei soci, fino alla concorrenza delle somma da questi riscosse in base al bilancio finale di liquidazione, e nei confronti dei liquidatori, se il mancato pagamento è dipeso da colpa di questi".

Secondo i primi commentatori, il legislatore, con l'inciso "*ferma restando la estinzione della società*", avrebbe preso posizione in favore di quell'orientamento che affermava la definitiva estinzione della società di capitali, al momento della cancellazione dal registro delle imprese, ancorché emergessero sopravvenienze attive o passive[18].

Tale principio veniva subito esteso anche alle società di persone, ritenendosi che "l'espressa

[10] In questo senso V. Napoleoni, *Le vicende modificative dell'ente*, cit., 416; A. Giarda, *Responsabilità patrimoniale e vicende modificativ*e cit., 243.

[11] In questo senso V. Napoleoni, *Le vicende modificative dell'ente*, cit., 416; A. Giarda, *Responsabilità patrimoniale e vicende modificative*, cit., 243.

[12] Secondo A. Giarda, *Responsabilità patrimoniale e vicende modificative*, cit., 229 e ss, tale evenienza sarebbe il risultato di una scarsa considerazione operata dal legislatore del 2001 circa gli "effetti mediatici, spesso irreversibili", che l'apertura di un procedimento penale ai danni di una società, produce sulla fiducia dei consociati.

[13] V. Napoleoni, *Le vicende modificative dell'ente*, cit., 416.

[14] V. Napoleoni, *ibidem.*

[15] Cassazione civile, Sez. III, 20 ottobre 1998, n. 10380; Cassazione civile, Sez. II, 4 ottobre 1999, n. 11021; Cassazione civile, Sez. I, 5 settembre 1996, n. 8099 e, Sez. II, 27 maggio 1996, n. 4884; Cassazione civile, Sez. lav. 2 maggio 1994, n. 4214; Cassazione civile, Sez. I, 28 dicembre 1989, n. 5803; Cassazione civile, Sez. III, 11 febbraio 1988, n. 1473; Cassazione civile, Sez. I, 6 gennaio 1981, n. 52. Tale orientamento, tuttavia, era stato oggetto di critica da parte della Corte Costituzionale, che, con la sentenza n. 319 del 21 luglio 2000, aveva rilevato come "la lettura delle norme sugli effetti della pubblicità della cancellazione delle società espressione dell'allora diritto vivente comportasse una chiara disparità di trattamento tra imprese individuali e imprese collettive ai fini della dichiarazione di fallimento, in quanto per l'imprenditore persona fisica la stessa era consentita entro un anno dalla cancellazione mentre per le imprese collettive, rimaneva sempre incerto il momento della loro fine o estinzione, da cui far decorrere il termine di un anno entro cui, ai sensi dell'art. 10 previgente della Legge Fallimentare poteva essere dichiarato il loro stato di insolvenza". Pertanto, proprio il permanere dell'interpretazione prevalente di cui sopra aveva determinato la Corte Costituzionale a dichiarare illegittimo, perché in contrasto con l'art. 3 della carta fondamentale e con il principio della certezza dei rapporti giuridici, l'art. 10 sopra citato, "nella parte in cui prevede(va) che il termine di un anno dalla cessazione dell'impresa, entro il quale può intervenire la dichiarazione di fallimento, decorra, per l'impresa collettiva, dalla liquidazione effettiva dei rapporti facenti capo alla società invece che dalla cancellazione della società stessa dal registro delle imprese".

[16] Secondo tale orientamento, la cancellazione della società non determina l'estinzione dell'ente, ove non fossero esauriti tutti i rapporti giuridici ad essa facenti capo a seguito della procedura di liquidazione, ovvero non fossero definite tutte le controversie giudiziarie in corso con i terzi. Ciò in considerazione del fatto che si attribuisce alla medesima cancellazione natura di mera pubblicità dichiarativa, che non produce l'estinzione della società stessa in difetto dell'esaurimento di tutti i rapporti giuridici pendenti facenti capo alla stessa. Ovvia conseguenza è la riscontrata permanenza della legittimazione processuale della società, sicché il processo già iniziato proseguiva nei confronti o su iniziativa delle persone che già la rappresentavano in giudizio o dei soci, anche con riferimento alle fasi di impugnazione ovvero negli eventuali procedimenti di esecuzione, relativi ai medesimi rapporti accertati con sentenza costituente titolo esecutivo a base dei crediti da esigere (Cassazione civile, Sez. III, 15 gennaio 2007, n. 646; Cassazione civile, Sez. III, 23 maggio 2006, n. 12114; Cassazione civile, Sez. III, 02 marzo 2006, n. 4652). Al contrario, la dottrina prevalente riteneva che la cancellazione, disciplinata dall'art. 2456 c.c., avesse effetto costitutivo dell'estinzione della società ed in tal senso G.F. Campobasso, *Diritto Commerciale*, 2, *Diritto delle società*, Torino, 1999, 533; F. Di Sabato, *Manuale delle società*, Torino, 1987, 575; M. Dell'Olio, *Società, scioglimento e liquidazione*, in *Dir. lav.*, 1987, I, 572; F. D'Alessandro, *Le Società: scioglimento e liquidazione*, in *Giur. merito*, 1988, 437; G. Millozza, *La liquidazione del patrimonio sociale*, in *Società*, 1983, 459; G. Ferri, *Le Società*, in *Trattato di diritto civile* (fondato da Vassalli), 1985, 904 ss.; G. Fré, *Le Società per azioni*, in *Commentario del codice civile,* a cura di Scialoja e Branca, 1982, 835 e ss.; R. Costi, *Le sopravvenienze passive dopo la liquidazione delle società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, 280.

[17] La riforma trova fondamento in "considerazioni equitative" per V. Sangiovanni, *Cancellazione delle società di capitali e responsabilità di soci e liquidatori*, in www.academia.edu.

[18] L. Parrella, *sub art. 2495*, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003, 3, 305; F. Fimmanò, *La fase dell'estinzione,* in F. Fimmanò-C. Esposito-L. Traversa, *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali*, Milano, 2005, 356; A. Santus - G. De Marchi, *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali nella riforma del diritto societario*, in *Riv. not.*, 2003, 3, 631.

disciplina della responsabilità dei soci subentrati alla società verso i creditori sociali per effetto della cancellazione ha come presupposto il venir meno della soggettività e della capacità giuridica limitata di esse; ciò, in parallelo con il disposto di cui all'art. 2495 c.c., che prevede l'effetto estintivo-costitutivo delle società di capitali"[19].

Si è aggiunto, in particolare, che la modifica apportata all'art. 2495 c.c. evidenzierebbe la vigenza del principio generale secondo cui la cancellazione dal registro delle imprese comporta la generale estinzione definitiva della società[20], sia essa di persone o di capitali. Ciò soprattutto in considerazione del fatto che, ragionando diversamente, si sarebbe introdotta una disparità di trattamento tra società di capitali, in grado di giovarsi dell'effetto estintivo della cancellazione, e società di persone, inspiegabilmente ad esso sottratte.

L'orientamento in esame è stato avallato dalle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione del 2010, che con tre sentenze "gemelle" (sentenze nr. 4060, 4061 e 4062 del 2010) hanno cercato di fare chiarezza in argomento.

È stato così affermato che, a seguito della modifica apportata all'art. 2945, comma 2, c.c., la cancellazione dal registro delle imprese produce l'effetto costitutivo dell'estinzione irreversibile della società anche in presenza di rapporti non definiti e anche se intervenuta in epoca anteriore all'entrata in vigore della nuova disciplina, con conseguente perdita della capacità processuale della società[21].

3. Gli effetti della cancellazione della società sulla responsabilità "da reato" dell'ente: la tesi che equipara la cancellazione della società alla morte del reo.

Alla luce di tutto ciò, pertanto, non essendo più revocabile in dubbio che la cancellazione della società dal registro delle imprese assume efficacia costitutiva, si pone l'ulteriore problema di esaminare gli effetti che una tale vicenda produce sulla disciplina della responsabilità "da reato" degli enti.

Sul punto, si suole distinguere l'ipotesi in cui l'accertamento processuale dell'illecito e l'irrogazione delle sanzioni si verifichi prima della cancellazione da quella in cui l'accertamento dell'illecito si realizzi in un momento successivo all'estinzione dell'ente[22].

Nel primo caso, si sostiene che se la fattispecie estintiva si integra dopo la sentenza, le misure interdittive andrebbero disapplicate, mentre quelle pecuniarie, ai sensi degli artt. 2312 co. 2 e 2495 co. 2 cc., sarebbero da imputare direttamente ai soci, ancorché nei limiti di quanto percepito a titolo di ripartizione dell'attivo residuo[23].

Non si tratterebbe, pertanto, di una atipica ipotesi di "responsabilità per fatto altrui" – schema di imputazione non ammissibile nell'ambito del sistema della responsabilità da reato degli enti (art. 27 d.lgs. 231/2001)[24] – bensì di una peculiare conseguenza di tipo meramente esecutivo, tesa a "far valere la responsabilità consequenziale alla ripartizione del patrimonio dell'ente medesimo"[25].

Inoltre, la previsione di un generale limite alla ripetizione in favore esclusivamente di quelle somme percepite dai soci a titolo di ripartizione dell'attivo residuo varrebbe a salvaguardare

[19] Così Cassazione civile, Sez. lav., 18 settembre 2007, n. 19347, relativa a società consorziate, e Cassazione civile, Sez. I, 12 dicembre 2008, n. 29242.
[20] Conforme: Cassazione civile, Sez. un., 22 febbraio 2010, n. 4060; Cassazione civile, Sez. III, 07 febbraio 2012, n. 1677.
[21] Cassazione civile, Sez. I, 28 agosto 2006, n. 18618; Cassazione civile, Sez. lav., 18 settembre 2007, n. 19347; Cassazione civile, Sez. trib., 20 ottobre 2008, n. 25472.
[22] Così P. Sfameni, *Responsabilità patrimoniale dell'ente*, cit., 243 e ss.
[23] In questo senso P. Sfameni, *Responsabilità patrimoniale dell'ente*, cit., 243 e ss; V. Napoleoni, *Le vicende modificative dell'ente*, cit., 283 e ss.
[24] V. Napoleoni, *Le vicende modificative dell'ente*, cit., 283 e ss.
[25] V. Napoleoni, *ibidem.*

la fattispecie dal rischio di una eccessiva dilatazione della responsabilità[26].

Più complesso, invece, il caso in cui l'accertamento processuale dell'illecito non è ancora avvenuto al momento della cancellazione della società dal registro delle imprese.

Sul punto, si sostiene che "l'estinzione della società a seguito della cancellazione dal registro delle imprese comporta, ai fini penali, l'estinzione dell'illecito e la conseguente improcedibilità dell'azione penale, analogamente a quanto avviene nel caso di morte della persona fisica cui sia imputato un reato"[27].

Ciò sulla base di una duplice argomentazione: la prima, che fa leva sulla asserita equiparazione tra morte del reo e cancellazione della società; la seconda, che poggia su un ragionamento "organico-sistematico" attualizzato mediante il riferimento alle vicende modificative dell'ente, così come previste nell'ambito del d. lgs. 231/2001.

Orbene, quanto al primo punto, si sostiene che l'estinzione dell'ente determina *de facto* l'inapplicabilità delle relative sanzioni[28], dal momento che risulterebbero inflitte inutilmente e, in ogni caso, non assolverebbero ad alcuna delle funzioni cui sono preordinate se applicate alla società cancellata dal registro delle imprese, e dunque inesistente sotto il profilo civilistico[29]. Inoltre, se alla disciplina della responsabilità degli enti si riconoscesse natura penale, dovrebbe tenersi conto del dettato dell'art. 27, comma 3, Cost., ai sensi del quale le pene devono tendere alla rieducazione del condannato[30].

Di conseguenza, quanto alle sanzioni interdittive, si ritiene che esse – mirando allo "scopo di favorire l'emenda del condannato attraverso il suo adeguamento ai canoni dell'agire legittimo"[31] – risulterebbero inutilmente date, nel caso di cancellazione della società, in quanto presuppongono "che l'ente sia ancora in essere e che possa proseguire nell'attività cui si riferisce l'illecito"[32].

Allo stesso tempo, quanto alle sanzioni pecuniarie (oltre che alla confisca), si ritiene che esse, essendo indirizzate "allo scopo di colpire l'ente nella disponibilità economica necessaria per la sua operatività"[33], perderebbero ogni utilità, laddove non sussistesse più un patrimonio su cui fare valere tale onere[34].

Pertanto, si conclude che «l'eventuale "sopravvivenza" della società cancellata dal registro delle imprese ai limitati effetti penali condurrebbe all'applicazione di sanzioni che non sarebbero attuabili oppure finirebbero per gravare, in sede esecutiva, su soggetti "terzi" rispetto all'ente responsabile della violazione, con il rischio, per di più, di una duplicazione di sanzioni a carico di questi ultimi»[35].

Tale orientamento ha ben presto finito per assumere una portata sempre più estesa, puntando a equiparare alla morte del reo finanche la dichiarazione di fallimento della persona

[26] Secondo N. D'Angelo, *Responsabilità penale di enti e persone giuridiche*, cit., 230 e ss., ricorrerebbe, in argomento, l'esistenza di un vero e proprio "atto di destinazione", "funzionale" ad una determinata attività e/o ad un determinato scopo, tale da dar vita ad un patrimonio autonomo isolato e distinto rispetto a quello dei singoli soci, che conserva la sua soggettività, anche a seguito dell'imputazione di cui al d.lgs. 231/2001, quasi come fosse un trust o un fondo patrimoniale. Inoltre, secondo V. Sangiovanni, *Cancellazione delle società*, cit., è dibattuto, in dottrina e in giurisprudenza, il titolo in forza del quale i soci succedono alla società cancellata, nella relativa posizione debitoria. Per un primo orientamento, si esclude che si tratti di acquisto a titolo originario, dipendente dal mero fatto della cancellazione della società, in quanto i modi di acquisto a titolo originario sono tutti tipici. Per altri, invece, opererebbe una successione a titolo universale, specie nel caso in cui i beni vengano assegnati come quota del patrimonio "a seguito del cosiddetto piano di riparto". Per altri, ancora, interverrebbe una successione a titolo particolare, in quanto si verificherebbe una attribuzione di singoli beni ad opera di una persona giuridica, con riferimento al quale non può certo operare il diritto successorio e la relativa disciplina dedicata agli atti *mortis causa*. Per un ulteriore orientamento, inoltre, la responsabilità del socio per i debiti sociali discenderebbe direttamente dal contratto di società, quale prosecuzione della responsabilità per le obbligazioni sociali assunte dai soci con la creazione della società. Da ciò ne discende, secondo autorevole dottrina, che non può invocarsi in materia il disposto di cui all'art. 7 legge 689 del 1981 – secondo cui "l'obbligazione di pagare la somma dovuta per la violazione non si trasmette agli eredi" – visto che, secondo quanto previsto dalla più recente dottrina, la quota di riparto perviene ai soci per atto *inter vivos*, in seguito ad un atto di assegnazione da parte della società ancora esistente.

[27] Tribunale di Milano, Sez. X pen., sent. 20 ottobre 2011, Pres. Gandus, Giud. Interlandi e Formentin, cit. secondo cui : "L'estinzione di una s.r.l. a seguito della sua liquidazione volontaria e della sua cancellazione dal registro delle imprese determina l'estinzione dell'illecito ex. d.lgs. 2001, n. 231, per il quale la s.r.l. sia stata rinviata a giudizio prima della sua cancellazione dal registro delle imprese, analogamente a quanto avviene per il reato imputato alla persona fisica nel caso di morte di quest'ultima".

[28] Conforme P. Sfameni, *Responsabilità patrimoniale dell'ente* cit., 243 e ss; V. Napoleoni, *Le vicende modificative dell'ente*, cit., 283 e ss.

[29] Trib. Milano, Sez. X, 20 ottobre 2011, in www.rivista231.it.

[30] Trib. Milano, Sez. X, 20 ottobre 2011, *ivi*.

[31] Trib. Milano, Sez. X, 20 ottobre 2011, *ivi*.

[32] Trib. Milano, Sez. X, 20 ottobre 2011, *ivi*.

[33] Trib. Milano, Sez. X, 20 ottobre 2011, *ivi*.

[34] Trib. Milano, Sez. X, 20 ottobre 2011, *ivi*.

[35] Trib. Milano, Sez. X, 20 ottobre 2011, *ivi*.

giuridica[36].

Si è sostenuto, infatti, che, anche al di fuori della specifica ipotesi della cancellazione della società dal registro delle imprese, in caso di sopravvenuto fallimento dell'ente imputato ex d. lgs. 231/2001, "la persona giuridica va prosciolta con la formula dell'estinzione dell'illecito amministrativo, risultando superfluo l'accertamento della responsabilità da reato dell'ente"[37].

Ciò in considerazione del fatto che, "a seguito del fallimento, la società versa in una situazione di inattività necessitata, tanto che la legittimazione attiva e passiva riguardante i rapporti facenti capo alla società fallita spettano al curatore" e, pertanto, "non avrebbe ragion d'essere l'applicazione, nei confronti di quest'ultimo soggetto estraneo all'illecito di impresa, di una sanzione di natura pecuniaria o interdittiva ovvero ablatoria"[38].

In virtù di ciò si è aggiunto inoltre che "le sanzioni previste dalla normativa ex d.lgs. 231 del 2001 hanno funzioni retributive e special-preventive, le quali rendono del tutto irragionevole una loro irrogazione ad un soggetto non coinvolto nella vicenda dell'illecito"[39].

Di conseguenza, anche nei medesimi ambiti, si è ritenuto "prevalere" "il principio della personalità della responsabilità"[40], essendo "uno dei punti cardine del sistema penale, quello secondo cui la morte del reo, ove si verifichi prima della condanna, estingue il reato (punibilità in astratto) ed ove intervenga successivamente alla condanna, estingue la pena (cd. punibilità in concreto)"[41].

3.1. *La tesi "organico-sistematica" ed il riferimento alle vicende modificative dell'ente.*

La seconda argomentazione, utilizzata a fondamento dell'asserito effetto estintivo della cancellazione, fa leva su un ragionamento di natura "organico-sistematica", attualizzato mediante il riferimento alle vicende modificative dell'ente, così come previste nell'ambito del d.lgs. 231/2001[42].

Si sostiene, in particolare, che la liquidazione e la successiva cancellazione della società dal registro delle imprese, pur costituendo una vicenda estintiva che presenta degli importanti punti di contatto con le vicende modificative dell'ente, sarebbero state totalmente "ignorate" dalla disciplina di cui agli articoli 28-32 del d.lgs. 231/2001[43] [44].

Di conseguenza, mediante un ragionamento *a contrario* ("*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*"), si aggiunge che, non figurando le ipotesi della cancellazione dell'ente nell'ambito di quelle vicende modificative che consentono un fenomeno successorio della responsabilità, non ci sarebbe alcun dubbio circa l'estinzione della responsabilità dell'ente[45].

Si sostiene, pertanto, che le norme relative alle vicende modificative dell'ente sarebbero di stretta applicazione, sicché una loro estensione al di fuori dei casi espressamente disciplinati si

[36] Contra Cass. pen. Sez. V, sent 26 settembre 2012 (ud.), 15 settembre 2012 (dep.), nr. 44824, che si commenterà nelle pagine seguenti
[37] Tribunale di Roma – GUP, 7 febbraio 2012, est. Arioli in *Giurisprudenza di merito*, 2012, 1664 e ss.
[38] Tribunale di Roma – GUP, 7 febbraio 2012, *ivi*.
[39] Tribunale di Roma – GUP, 7 febbraio 2012 , *ivi*.
[40] Tribunale di Roma – GUP, 7 febbraio 2012 , *ivi*.
[41] Tribunale di Roma – GUP, 7 febbraio 2012, *ivi*.
[42] In tal senso V. Napoleoni, *Le vicende modificative dell'ente*, cit., pag 416.
[43] Sul punto E. Arabia, *L'accertamento della responsabilità da illecito penale della società fallita* in *Giurisprudenza di merito*, 2012, 1664 e ss; V. Napoleoni, *Le vicende modificative dell'ente*, cit., 283 e ss.
[44] Nell'ambito degli articoli 28-32 è previsto che in caso di fusione, scissione e cessione dell'azienda la responsabilità si trasferisce dall'ente originario a quello risultante dalle vicende in parola; ciò con la previsione di alcuni correttivi, che intervengono soprattutto in tema di sanzioni interdittive, le quali conservano un collegamento necessario ed esclusivo con il "ramo di attività" nell'ambito del quale il reato è stato commesso e possono essere sostituite con sanzioni pecuniarie ogniqualvolta sono state rimosse le cause che hanno reso possibile la commissione dell'illecito. Chiara la "*ratio*" di tale disciplina, che trova il proprio fondamento in una duplice esigenza: evitare che, nel silenzio della legge, si configurino evidenti ipotesi di elusione del sistema repressivo in commento e, al contempo, favorire l'emergere una generale istanza di garanzia, ispirata ad una strategia di "equo compromesso" con le relative istanze di effettività. Ciò che rileva in questi ambiti, pertanto, è la scelta del legislatore di abbandonare "il modello penalistico previsto per le persone fisiche, in cui la morte del reo estingue il reato" in favore di un sistema di imputazione della responsabilità di chiara impronta "patrimonial-civilistica". Se si guarda, infatti, proprio alla "sostanza" del fenomeno modificatorio appare evidente che qualunque vicenda modificativa dell'ente non può essere assimilata alla morte della persona fisica: in tal senso N. D'Angelo, *Responsabilità penale di enti e persone giuridiche*, cit., 230 e ss.
[45] In termini più generali si veda Tribunale di Palermo, G.U.P. dott. Mazzeo, 22 gennaio 2007, Imp. G.M.C. S.p.A., in www.reatisocietari.it.

tradurrebbe in una inammissibile analogia *in malam partem*, non consentita nel diritto penale[46].

A ciò osterebbe, soprattutto, il principio consacrato all'art. 27, co. 1, del d.lgs. 2001 n. 231, il quale sancisce che "dell'obbligazione per il pagamento della sanzione pecuniaria risponde soltanto l'ente con il suo patrimonio o fondo comune": di conseguenza andrebbe respinto ogni tentativo di estendere la responsabilità a soggetti terzi, fuori dai limiti consentiti.

4. Critica alla parificazione dell'estinzione dell'ente alla morte della persona fisica.

La soluzione in esame[47], fondata sulla asserita equiparazione tra la cancellazione della società dal registro delle imprese e la morte della persona fisica, sembra prestare il fianco ad alcune obiezioni.

Innanzitutto, vale la pena evidenziare che, secondo la giurisprudenza più recente, l'estinzione della società[48] non sempre ha un effetto irreversibile, ben potendo il Giudice del registro ordinare, laddove ricorrano i presupposti di cui all'art. 2191 c.c., la «cancellazione della cancellazione» della società[49].

In quest'ottica, si sostiene che «la legge non dice in alcun modo che la cancellazione ha un effetto irreversibile, ma semplicemente che la società cancellata dal registro è estinta e che l'estinzione resta ferma anche se al momento dell'estinzione vi sono creditori insoddisfatti»[50]. Di conseguenza, ben potrebbe il Giudice del Registro[51] favorire la riviviscenza della società mediante la cancellazione dal Registro delle imprese dell'iscrizione di cancellazione di un ente successivamente risultato titolare di rapporti processuali ancora pendenti[52].

Ciò sull'assunto che «la cancellazione e quindi l'estinzione della società presuppone che, ai sensi dell'art. 2492, co. 1, c.c., sia stata "compiuta la liquidazione"» e, pertanto, «qualora si scopra l'insussistenza di tale presupposto sostanziale» emerge *ictu oculi* come «la cancellazione è stata effettuata non validamente ed è consentito porre riparo a tale situazione non altrimenti

[46] Trib. Milano, Sez. X, 20 ottobre 2011, cit.

[47] P. Sfameni, *Responsabilità patrimoniale dell'ente,* cit., pag 243 e ss; V. Napoleoni, *Le vicende modificative dell'ente*, in *Reati e responsabilità degli enti*, cit., 283 e ss; Trib. Milano, Sez. X, 20 ottobre 2011, cit.; Tribunale di Roma – GUP, 7 febbraio 2012, cit.

[48] M.S. Spolidoro, *Seppellimento prematuro. La cancellazione delle società di capitali dal registro delle imprese ed il problema delle sopravvenienze attive*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 823 ss.; N. Battistini, *Cancellazione ed estinzione delle società alla luce delle tre sentenze gemelle del 2010: i morti possono ancora resuscitare (sia pure solo per correttamente morire)?*, in www.ilcaso.it.

[49] M.S. Spolidoro, *Seppellimento prematuro*, cit., p. 823 ss.; N. Battistini, *Cancellazione ed estinzione delle società*, cit., secondo Trib Padova 13.08.2004: "la cancellazione di una società dal Registro delle imprese è condizione necessaria ma non sufficiente per l'estinzione del soggetto giuridico. L'iscrizione effettuata in presenza di rapporti di debito o di credito facenti capo alla società deve essere cancellata ex art. 2191 c.c. in quanto avvenuta in difetto delle condizioni richieste dalla legge. Deve, pertanto, essere cancellata d'ufficio dal Registro delle imprese la cancellazione della società di persone avvenuta senza prima esaurire tutti i rapporti pendenti, non producendosi l'effetto estintivo dell'ente, in ragione dell'efficacia solo dichiarativa delle iscrizioni nel Registro"; secondo Trib. Padova 26.6.2003: "deve essere eliminata d'ufficio dal registro delle imprese la cancellazione della società di capitali che sia stata a sua volta cancellata senza completare la fase della liquidazione, così imponendosi 'effetto dell'estinzione dell'ente" (in R. Apicella, *Le società di persone nel Registro delle imprese*, Giuffré editore, Milano, 2012, 74); secondo Tribunale di Como 02.11.1990: "la cancellazione di un atto o di un fatto iscritto nel Registro delle Imprese è consentita, ai sensi dell'art. 2191 c.c., quando risulta che l'iscrizione è avvenuta senza che sussistessero le condizioni richieste dalla legge. Il giudice del Registro incontra, pertanto, in sede di riesame, gli stessi limiti dell'ufficio in fase di controllo anteriore all'iscrizione. Data la peculiare funzione affidata al Registro delle Imprese, in esso non possono trovare spazio iscrizioni di atti giuridicamente inesistenti, in grado di ingenerare assoluta ed irrimediabile confusione circa la composizione degli organi sociali di una società" (in V. Molinari, *L'attuazione del Registro delle Imprese,* Luigi Pellegrini Editore, 1996, 43, secondo cui: "la richiesta di cancellazione delle eseguite iscrizioni per carenza delle condizioni richieste all'uopo dalla legge va pertanto considerata come una mera segnalazione o denuncia idonea ad attivare il potere di cancellazione d'ufficio delle iscrizioni irregolari previsto dall'art. 2191 c.c." escludendo implicitamente il diritto del privato a chiedere la cancellazione d'ufficio).

[50] In tal senso M.S. Spolidoro, *Seppellimento prematuro*, cit., p. 823 ss. N. Battistini, *Cancellazione ed estinzione delle società*, cit.

[51] Per i riferimenti giurisprudenziali, si rinvia a N. Battistini, *Cancellazione ed estinzione delle società*, cit.

[52] Sul punto, ad avviso di Cassazione civile, Sezioni Unite, 12 marzo 2013 sentenze n. 6070, 6071, 6072 "la situazione della società di persone si differenzia da quella delle società di capitali, a tal riguardo, solo in quanto l'iscrizione nel registro delle imprese dell'atto che le cancella ha valore di pubblicità meramente dichiarativa, superabile con prova contraria. Ma è bene precisare che tale prova contraria non potrebbe vertere sul solo dato statistico della pendenza di rapporti non ancora definiti facenti capo alla società, perché ciò condurrebbe in sostanza ad un risultato corrispondente alla situazione preesistente alla riforma societaria. Per superare la presunzione di estinzione occorre, invece, la prova di un fatto dinamico: cioè che la società abbia continuato in realtà ad operare – e dunque ad esistere – pur dopo l'avvenuta cancellazione dal registro. Ed è questa soltanto la situazione alla quale la successiva sentenza n. 4826 del 2010 ha poi ricollegato anche la possibilità che, tanto per le società di persone quanto per le società di capitali, si addivenga anche d'ufficio alla cancellazione della pregressa cancellazione (cioè alla rimozione della cancellazione dal registro in precedenza intervenuta) in forza del disposto dell'art. 2191 c.c., con la conseguente presunzione che la società non abbia mai cessato *medio tempore* di operare e di esistere".

rimediabile»[53].

È evidente pertanto che, se la cancellazione non ha natura "irreversibile", non può essere paragonata alla "morte" della persona fisica, che, fino a prova contraria, si caratterizza per il suo essere un evento tragicamente "irreversibile".

Del resto, se si sostiene che la cancellazione della società dal registro delle imprese è paragonabile alla "morte" della persona fisica, dovrebbe accettarsi l'inevitabile paradosso che, all'art. 2191, il nostro codice prevede addirittura, per via normativa, l'istituto della resurrezione!

D'altro canto, anche volendo ammettere la somiglianza tra la cancellazione della società e la morte della persona fisica, risulta evidente come assolutamente inammissibile si rivela l'ulteriore argomentazione prospettata, circa l'emergere in tali casi di una causa di estinzione del reato[54].

In realtà, un tale ragionamento si pone in evidente contrasto con il principio di legalità, ponendo in essere una vera ed propria interpretazione analogica di una causa estintiva del reato, quale è la morte della persona fisica[55].

Tale operazione non è assolutamente consentita nell'attuale ordinamento, come più volte sostenuto dalla Corte Costituzionale[56], la quale ha opposto all'interpretazione analogica delle cause di estinzione del reato "la seconda parte dell'art. 14 delle disposizioni preliminari sulla legge in generale", che vieta l'analogia per le leggi che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi[57].

Ancor più criticabile è, inoltre, l'ulteriore argomentazione prospettata a sostegno della tesi dell'equiparazione della morte del reo alla cancellazione dell'ente.

Si desume in particolare una improcedibilità sostanziale dell'azione, che si poggia sull'inopportunità della prosecuzione dell'accertamento penale, non avendo alcuna ragion di essere l'applicazione della sanzione ad un ente oramai estinto.

[53] Tribunale di Como, decreto del 24 aprile 2007, (reperibile su N. Battistini, *Cancellazione ed estinzione delle società*, cit.); secondo Tribunale di Napoli, 26 aprile 2010, cit., (reperibile in www.ilcaso.it) "la legittimazione ad agire in via esecutiva per il recupero di crediti sopravvenuti a favore della disciolta e cancellata società di persone non spetta ai soci in proprio, bensì ancora alla società (previa cancellazione *ex* art. 2391 c.c. dell'iscrizione della cancellazione dal Registro delle imprese)". Ciò, in considerazione del fatto che "ben può dirsi che la liquidazione non sia completata (e che quindi non si possa cancellare legittimamente la società) fino a che vi siano sopravvivenze attive, note o ignote che esse siano. Quando vi siano tali sopravvivenze o sopravvenienze attive, la cancellazione della società potrebbe dunque essere cancellata d'ufficio, col meccanismo dell'art. 2391 cit., onde consentire il completamento delle operazioni di liquidazione […]. *Né va trascurato che, specie laddove vi siano soci limitatamente responsabili, l'ammissibilità di una cancellazione senza previa liquidazione dei beni sociali potrebbe compromettere l'efficacia della tutela dei creditori sociali*". Secondo il Tribunale, poi, il ragionamento varrebbe a maggior ragione per le società di persone, dal momento che "la pubblicità costitutiva è estranea alle società di persone, in quanto, come è noto, anche prima dell'iscrizione la società è irregolare, ma non inesistente"; inoltre secondo il Giudice del Registro delle imprese del Tribunale di Milano, cit., "laddove gli interessati dimostrino che la liquidazione non è nella realtà terminata, può provvedersi ex art. 2391 c.c. alla cancellazione della cancellazione della s.r.l. […] e a tale ricostruzione non pare ostare la ormai consolidata interpretazione del novellato art. 2495 c.c. di cui da ultimo Cass. SU 22.2.2010 n. 4062, trattandosi di interpretazione la quale – nell'affermare che la nuova norma ricollega all'iscrizione presso il registro delle imprese della cancellazione della società l'effetto costitutivo dell'estinzione della società stessa – non comporta di per sé l'inapplicabilità dell'art. 2191 c.c. per i casi nei quali la cancellazione della società sia stata iscritta non sussistendone le condizioni di legge"; secondo Giudice del Registro delle imprese del Tribunale di Padova, cit., "tale conclusione non contrast[a] con l'interpretazione data all'art. 2495, nuovo testo, c.c. dalla ben nota sentenza a Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 4062/10, dal momento che tale decisione, nell'affermare che l'iscrizione nel registro delle imprese della cancellazione della società comporti l'estinzione della società stessa, non preclude, ad avviso del giudicante, l'applicabilità dell'art. 2191 c.c. per i casi in cui, come quello in esame, la cancellazione sia avvenuta in mancanza dei necessari presupposti".

[54] Trib. Milano, Sez. X, 20 ottobre 2011, cit.

[55] In tal senso L. Scomparin, *Cause di non punibilità (immediata declaratoria delle)* in *Enciclopedia del diritto, annali dal 2007*, a cura di A. Falzea, P. Grossi, E. Cheli, R. Costi, Milano, 2008, 226, secondo cui: "la morte dell'imputato corrisponde alla causa di estinzione del reato di cui all'art. 150 c.p. e dunque anche in assenza di una specifica previsione, l'obbligo di immediata declaratoria della morte dell'imputato sarebbe derivato al Giudice dalla regola generale contenuta nell'art. 129".

[56] *Ex plurimis* Corte Costituzionale, 25 ottobre 1989, n. 487 e Corte Costituzionale, 07 luglio 1986, n. 179, che hanno esaminato la possibilità delle Regioni di regolamentare vari istituti in modo difforme dalla disciplina statale, incidendo direttamente sulla conformazione normativa di una fattispecie penalmente sanzionata. La Corte Costituzionale, sul punto, si è pronunciata in favore della illegittimità costituzionale delle disposizioni legislative dell'assemblea regionale siciliana, poste rispettivamente con legge 2.4.1986 e con legge 15.5.1986 n. 26, con cui è stato previsto la possibilità di accedere al condono edilizio a condizioni più favorevoli di quelle prescritte dalla legge n. 47/1985 per il territorio nazionale. Si sostiene, in particolare, l'inammissibilità del ricorso ad una ipotetica funzione scriminante (in senso stretto) che la legge regionale siciliana avrebbe avuto. Secondo il Giudice delle Leggi, in particolare, l'impugnata disposizione della più volte citata legge siciliana non ha funzione scriminante in senso stretto, applicando essa alle ipotesi di cui al primo comma dell'art. 3 della stessa legge una vera e propria casula di estinzione del reato.

[57] In tal senso A. Buzzegoli, A. Scarcella, *La tutela penale del territorio e del passaggio*, Milano, 2009, 107; merita sul punto richiamo quanto stato affermato da A. Spena, *Reati contro la famiglia,* Milano, 2012, 73, in merito al reato di bigamia, con riferimento al quale una parte della dottrina ha tentato di ricondurre, tra le cause di estinzione del medesimo reato, lo scioglimento del primo matrimonio. Orbene, pur ritenendo una medesima esclusione assolutamente "irragionevole", gli interpreti della materia si sono dovuti arrendere dinanzi al rischio di caldeggiare una interpretazione analogica della disposizione, in palese contrasto con "l'idea, pressoché pacifica, che le cause di estinzione del reato siano norma aventi carattere eccezionale, e che come tali si sottraggono, ex art. 14 prel. ad ogni applicazione analogica, seppur in *bonam partem*".

Si contesta, in particolare, la funzione rieducativa della sanzione, che verrebbe meno se indirizzata a un ente oramai non più operante.

In realtà, tali argomentazioni tradiscono una impostazione di fondo: ovvero non fanno altro che riproporre, ancorché da una angolazione diversa, il dibattito circa l'ammissibilità di una funzione rieducativa in capo alla sanzione tipica del d. lgs. 231/2001, ovvero la pena pecuniaria[58].

È da sempre discusso, infatti, se alla sanzione possa affiancarsi – oltre alla funzione general-preventiva, che si ritiene integrata in considerazione dell'"elevato valore che viene attribuito al denaro nell'attuale società capitalistica"[59] – una funzione "special-preventiva" e/o rieducativa, tanto che più di un operatore del diritto ha finanche invocato sul punto il contrasto con il terzo comma dell'art. 27 della Costituzione.

Tale contrasto è stato però escluso dalla Corte Costituzionale[60] "facendo leva sul carattere polifunzionale della pena e circoscrivendo il principio rieducativo tendenzialmente all'esecuzione della sola pena detentiva"[61], pur sostenendo che "non è nemmeno da escludere che la pena pecuniaria possa, di per sé, per altro verso, adempiere a una funzione rieducativa"[62].

È evidente, quindi, che discutere circa una presunta "inopportunità" rieducativa di una pena pecuniaria da destinare ad un ente cancellato dal registro delle imprese rappresenta un vero e proprio fuor d'opera, che non tiene conto della diversità strutturale e concettuale tra la pena detentiva e quella pecuniaria.

Senza dimenticare, inoltre, che "la mancata funzione rieducativa" della pena pecuniaria rappresenta uno dei limiti più discussi dell'istituto in sé, e non solo quando riguarda un ente estinto.

Anche in questo caso, pertanto – così come già avvenuto in merito alla *quaestio iuris* della morte della persona fisica – sembra che la tesi che propende per l'estinzione della responsabilità da reato dell'ente cancellato dal registro delle imprese incorra ancora una volta nello stesso errore: "tratta l'ente come una persona fisica"[63].

In realtà, una presa di distanze dall'equiparazione delle vicende della persona giuridica alla morte del reo è stata di recente operata dalla Suprema Corte di Cassazione[64] con riferimento al tema degli effetti del fallimento sulla responsabilità da reato degli enti.

Sul punto, il Giudice di Legittimità ha affermato che "il fallimento di una società non costituisce causa estintiva dell'illecito previsto dal d.lgs. 231/2001, né delle sanzioni irrogate a seguito dell'accertamento della sua responsabilità". In proposito i giudici della quinta Sezione hanno sottolineato come, in assenza di una espressa previsione normativa in tal senso, non sia nemmeno possibile ritenere che tale effetto estintivo si produca ricorrendo all'applicazione analogica dell'art. 150 cod. pen., "non essendo equiparabile il fallimento della persona giuridica alla morte di quella fisica, atteso che l'apertura della procedura concorsuale non determina la cessazione dell'ente, ma semplicemente il suo assoggettamento alla medesima e alle sue regole".

"Caratteristica della morte fisiologica di un soggetto fisico – ha spiegato ancora la Suprema Corte – è la cessazione definitiva ed irreversibile di tutte le funzioni vitali ad esso connesse; ciò rende comprensibili i motivi per cui in questo caso la legge prevede l'estinzione del reato. La pena non sarebbe eseguibile e non avrebbe comunque alcun senso sanzionare un soggetto che non esiste più; il processo verrebbe celebrato inutilmente, con un antieconomico dispendio di tempo e di energie".

Pertanto, secondo il Giudice della legittimità, che comunque lascia irrisolto il problema della formale cancellazione dell'ente, "il fallimento dell'impresa collettiva può al più assimilarsi alla situazione di un malato; una società fortemente indebitata ed in stato di pesante dissesto può paragonarsi ad un malato grave, la cui morte è altamente probabile, ma non certa nel se e nel quando. E fino al momento della morte effettiva del soggetto non è possibile dichiarare

[58] L. Goisis, *La pena pecuniaria, una indagine storica e comparata*, Bergamo, 2008, 33.
[59] L. Goisis, *La pena pecuniaria*, cit., 33.
[60] Cort. Cost. sentenza n. 12 del 1966.
[61] F. Bricola, *Pene pecuniarie, pene fisse e finalità rieducative*, in AA.VV., *Problema della rieducazione del condannato*, *Atti del II Convegno di diritto penale*, Cedam, Bressanone, 1963, 201.
[62] Corte Costituzionale, sentenza n. 12 del 1966.
[63] E. Arabia, *L'accertamento della responsabilità da illecito penale della società fallita*, cit.
[64] Cass. 15.11.2012 nr. 44824, in *Dir. pen. cont.*, 11dicembre 2012, con nota di P. Chiaraviglio, *Responsabilità da reato della persona giuridica e fallimento della società: un rapporto problematico*.

l'estinzione del reato solo perché il decesso è, in futuro non lontano, altamente probabile. Solo la morte effettiva della persona fisica comporta l'estinzione del reato e dunque solo l'estinzione definitiva dell'ente può eventualmente determinare gli stessi effetti sulla sanzione per cui è giudizio".

"Né, d'altronde – continua il Supremo Consesso – si può affermare che una eventuale difficoltà od anche impossibilità concreta di recupero del credito […] possa legittimare la declaratoria di estinzione del reato, posto che il nostro sistema giuridico è slegato da principi di effettiva eseguibilità delle pronunce giurisdizionali, al contrario vigendo il principio di obbligatorietà dell'azione penale. In caso contrario si dovrebbe dichiarare l'estinzione dei reati commessi da soggetti irreperibili o dimoranti in paesi con cui non esistono accordi di estradizione, solo per la verosimile impossibilità di eseguire la pena".

4.1. *Critica alla tesi "organico-sistematica".*

Ancor più criticabile è la tesi "organico-sistematica" che, al fine di affermare l'emergere di una causa estintiva della responsabilità da reato degli enti, fa riferimento agli artt. 28-32 d.lgs. 231/2001, sostenendo che l'omesso riferimento alla cancellazione dell'ente nell'ambito delle citate vicende modificative porterebbe a concludere nel senso della sua efficacia estintiva.

In realtà, tale argomentazione tradisce un equivoco di fondo: omette di considerare che, al momento dell' introduzione della responsabilità da reato degli enti collettivi, l'orientamento unanime in materia societaria riteneva che la cancellazione della società[65] aveva mera natura dichiarativa e non comportava la sua completa estinzione[66].

In conseguenza di ciò, sul versante della responsabilità da reato dell'ente, si riteneva unanimemente che la società, qualora formalmente imputata di un illecito di cui al d.lgs. 231/2001, non potesse considerarsi estinta sol perché cancellata dal registro delle imprese[67].

È solo nel 2003 che i termini del dibattito mutano ed è solo da questa data che la cancellazione inizia ad assumere natura costitutiva ed estintiva, e non più dichiarativa.

È evidente, quindi, che il legislatore del 2001, nel momento in cui ha elaborato la disciplina di cui agli artt. 28-32 del d.lgs. 231/2001, non aveva motivo di operare alcun riferimento "organico-sistematico" ad una disciplina – quella degli effetti costitutivi ed estintivi della cancellazione della società dal registro delle imprese – che, al momento della compilazione, non era ancora stata concepita nel panorama giuridico.

Di conseguenza, non può attribuirsi alcun significato ad una presunta lacuna legislativa, che, ancorché per implicito o in negativo, poteva, al più, riferirsi ad un istituto diverso da quello attuale.

A ciò si aggiunga, inoltre, quanto ulteriormente evidenziato dalla già citata sentenza della Suprema Corte di Cassazione del 15.11.2012, che, in tema di fallimento dell'ente, ha giudicato come errato il riferimento all'"argomentazione sistematica".

Ciò, in quanto – secondo la Suprema Corte – gli artt. 28-32 del d.lgs. 231/2001 "non contemplano il fallimento, non perché ritengono di differenziarlo dalle altre cause modificative che non estinguono il reato, bensì per il fatto che la procedura concorsuale non comporta una modificazione soggettiva dell'ente".

5. Le soluzioni eventualmente percorribili.

Il percorso interpretativo sostenuto da dottrina e giurisprudenza maggioritaria, in assenza di indicazioni legislative certe, comporta numerosi problemi pratici e teorici.

[65] Per le società di persone, il meccanismo di cancellazione è disciplinato dall'art. 2312 c.c. e si sostanza in un comando rivolto ai liquidatori, affinché, una volta approvato il bilancio finale di liquidazione, chiedano la cancellazione della società dal registro delle imprese. Secondo la norma, inoltre, dal momento della cancellazione della società i creditori sociali che non sono stati soddisfatti possano far valere i loro crediti nei confronti dei soci e, se il mancato pagamento è dipeso da colpa dei liquidatori, anche nei confronti di questi.

[66] In tal senso M. Sarale - G. Weigmann, *Società di persone e consorzi, Trattato di diritto commerciale* a cura di G. Cottino, Padova, 2004, III, 339.

[67] Trib. Milano, Sez. X, 20 ottobre 2011, cit.

I tempi, pertanto, sono oramai maturi per un intervento del legislatore, tale da coordinare il d.lgs. 231/2001 con la riforma del diritto societario del 2003 e salvare la disciplina da un pericoloso *vulnus* di effettività. Scelta – sia ben chiaro – comunque non delle più semplici, considerato che lo stesso d.lgs. 231/2001 presenta, al suo interno, alcune contraddizioni: si pensi all'art. 27, che dispone che *"dell'obbligazione risponde … solo l'ente con il suo patrimonio"* e, agli articoli 28-32, che – in contraddizione con la norma precedente – introducono un articolato meccanismo di trasferimento della responsabilità in favore di enti "terzi", laddove si verifichino alcune vicende modificative.

In realtà, una soluzione condivisibile, senza stravolgere il sistema del d.lgs. 231/2001, potrebbe essere adottata, guardando all'esperienza europea ed in particolare alla Ley Orgànica 5/2010 con cui è stata introdotta nell'ordinamento spagnolo la responsabilità "penale" delle persone giuridiche.

All'art. 130 co. 2 del Còdigo Penal Español è infatti previsto espressamente che "non estingue la responsabilità penale lo scioglimento occulto o meramente apparente della persona giuridica" ("*no extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos").*

Il legislatore iberico si è orientato verso un modello di conservazione della responsabilità, a metà strada tra il modello penalistico e quello civilistico, laddove ha previsto che lo scioglimento dell'ente non estingue la responsabilità della persona giuridica, quando l'estinzione dell'ente sia il risultato di un evento meramente "occulto o apparente".

Chiara la *ratio* della norma, che, con una disposizione inequivoca, intende evitare che si possa fuggire dalla disciplina della responsabilità "penale" degli enti mediante il ricorso ad uno "scioglimento" meramente di facciata.

Una scelta repressiva del genere, pertanto, potrebbe essere ripetuta anche nel sistema del d.lgs. 231/2001, magari introducendo un comma allo stesso art. 27, dedicato ad un ipotesi eventualmente derogatoria del più generale principio della responsabilità "personale" degli enti, previsto al comma 1.

Ciò premesso, ci si chiede, tuttavia, se – anche prescindendo da un eventuale e necessario intervento normativo – sia possibile, mediante un percorso interpretativo, salvaguardare la materia da quelle cancellazioni "occulte e apparenti" che si sostanziano in vere e proprie ipotesi elusive della disciplina in commento.

Ogni tentativo di interpretare la materia non potrebbe che partire da quell'istituto di prevalente elaborazione giurisprudenziale[68], che si caratterizza per il suo essere un "elemento dinamico di tutto il processo evolutivo del diritto"[69], che oramai ha finto per rappresentare uno degli strumenti di correzione più frequenti dell'esperienza pretoria[70]: l'abuso del diritto[71].

Da questa prospettiva, si sostiene che nel nostro ordinamento esiste "un principio generale"[72] che sanziona l'esercizio di un diritto che, in astratto, spetta effettivamente a chi lo esercita ma che, in concreto, è esercitato al di fuori dei limiti e degli scopi stabiliti dalla legge[73].

Trattasi, in ogni modo, di un istituto che ha conosciuto i suoi momenti applicativi più evidenti proprio nell'ambito del diritto societario[74], in cui gli studiosi della materia hanno dovuto fare i conti con "l'abuso della personalità giuridica"[75], ogniqualvolta un soggetto abusi "dei diritti riconducibili al concetto di persona giuridica"[76].

Tipico è il caso in cui "una o più persone utilizzano lo schermo societario per esercitare una attività imprenditoriale a carattere individuale"[77], oppure per non "fare apparire l'effettivo

[68] In tal senso C. Todini, *L'abuso delle forme societarie nell'imposizione sul reddito* in *Elusione ed abuso del diritto tributario. Orientamenti attuali in materia di elusione e abuso del diritto ai fini dell'imposizione tributaria*, a cura di G. Maisto, Milano, 2009, 115 e ss.; G. Falco, *La buona fede e l'abuso del diritto. Principi, fattispecie e casistica*, Milano, 2010, 107 e ss.

[69] C. Trapuzzano, *L'abuso del diritto: elemento dinamico di tutto il processo evolutivo del diritto*, in www.neldiritto.it.

[70] G. Chiné, M. Frattini, A. Zoppini, *Manuale di diritto Civile*, terza edizione, Roma, 2012, 688 e ss.

[71] Per un approfondimento dell'istituto S. Pagliantini, *L'abuso del diritto e buona fede nei contratti,* Torino, 2010.

[72] G Falco, *La buona fede e l'abuso del diritto. Principi, fattispecie e casistica*, cit., 25 ss.

[73] G. Chiné, M. Frattini, A. Zoppini, *Manuale di diritto Civile*, cit., 688 e ss.

[74] C. Gamba, *Diritto societario e ruolo del giudice*, Padova, 2008.

[75] N. Zorzi, *L'abuso della personalità giuridica: tecniche sanzionatorie a confronto*, Padova, 2002.

[76] G. Chiné, M. Frattini, A. Zoppini, *ibidem.*

[77] G. Chiné, M. Frattini, A. Zoppini, *ibidem.*

titolare o il suo effettivo gestore, fruendo così del beneficio della responsabilità limitata"[78].

In tali casi, pertanto, si ammette il "superamento dello schermo della personalità giuridica e della *fictio iuris* della dissociazione tra persona giuridica e persone fisiche che ne rappresentano la compagine umana"[79], consentendo "la disapplicazione delle norme societarie attributive dei benefici"[80].

Ne consegue, quindi, l'emergere di una insuperabile responsabilità illimitata dei soci, oltre che di una personale soggezione dei singoli appartenenti alla persona giuridica anche al fallimento[81].

Rebus sic stantibus, ci si chiede se possa configurare un abuso del diritto il comportamento dei soci che operano una cancellazione meramente "occulta o apparente" della società, al solo scopo di eludere la disciplina di cui al d.lgs. 231/2001.

Una risposta positiva al medesimo quesito sembra, pertanto, prospettabile in ossequio al principio generale, finalizzato ad evitare un utilizzo arbitrario, e fuori dai limiti consentiti, dei diritti inerenti la personalità giuridica.

Se ciò fosse condivisibile, ci si potrebbe ulteriormente interrogare sugli effetti di una tale evenienza nell'ambito della responsabilità "da reato" degli enti: in particolare, se il giudice penale possa o meno "sindacare" il provvedimento di cancellazione della società, ogni qualvolta emerga "un abuso" dello stesso.

Orbene, la soluzione non può che passare attraverso la qualificazione giuridica da attribuire al provvedimento di cancellazione della società dal registro delle imprese, sia esso frutto di una attività dell'ufficio del registro e/o del giudice del registro.

Secondo parte della dottrina, dunque, non emergerebbe alcun dubbio circa il fatto che "sia i provvedimenti emanati dal giudice del registro, che quelli emessi dall'ufficio e dal tribunale, hanno carattere amministrativo, data la natura essenzialmente amministrativa del fine che tali provvedimenti perseguono"[82]. Tanto che, si è aggiunto, lo stesso provvedimento di cancellazione d'ufficio "sembra essere ulteriormente suscettibile di collocazione nella *species* degli atti di ritiro, per ragioni di legittimità originaria, emessi in sede di autotutela"[83].

Ciò in considerazione del fatto che tale attività sarebbe "finalizzata a tutelare l'interesse generale alla continua rispondenza tra risultanze del registro e realtà oggettiva, costituendo strumento per rimediare ad iscrizioni irregolari predisposto per contemperare l'interesse del soggetto obbligato all'iscrizione e quello dell'ufficio a rimediare ad errori commessi in sede di controllo"[84].

Pertanto, se si considera la cancellazione come un vero e proprio provvedimento amministrativo, al fine di rispondere al medesimo interrogativo, giova richiamare il dibattito, di prevalente elaborazione giurisprudenziale, circa l'esistenza, in capo al giudice penale, di un generale potere di disapplicazione degli atti amministrativi, di cui all'art. 5 della legge 2248/1865 all. E.

Sul punto, la giurisprudenza suole distinguere due ipotesi: quella in cui "l'atto amministrativo operi direttamente e dall'esterno sulla fattispecie criminosa, dispiegando i suoi effetti tipici sul sistema penale"[85], e quella in cui lo stesso operi "solo indirettamente nel sistema penale, dall'interno della fattispecie, quale suo presupposto o elemento costitutivo"[86].

[78] G. Chiné, M. Frattini, A. Zoppini, *ibidem.*
[79] G. Chiné, M. Frattini, A. Zoppini, *ibidem.*
[80] G. Chiné, M. Frattini, A. Zoppini, *ibidem.*
[81] G. Chiné, M. Frattini, A. Zoppini, *ibidem.*
[82] A. Pavone La Rosa, *Il Registro delle Imprese. Contributo alla Teoria della Pubblicità*, Milano, 1954, 549; C. IBBA *La cancellazione di ufficio*, in G. Marasca e C. Ibba *Il registro delle imprese,* Torino, 1997, 197, il quale evidenzia come l'istituto sia espressione della volontà del legislatore di apprestare tutela all'interesse generale che dal registro vengano eliminate le eventuali iscrizioni avvenute indebitamente". A. Casanova voce *Registro delle imprese(diritto italiano vigente)*, in *Noviss. Digesto It.* , vol. XV, Torino, 1968, 197; V. Donativi, *I poteri di controllo dell'Ufficio del Registro delle Imprese*, Napoli, 1999, 64; F. Ferrara JR e F. Corsi, *Gli imprenditori e le società*, 10° ed. Milano 1996, 99, che distinguono l'attività svolta dall'Ufficio (che avrebbe natura amministrativa) dal quella del Giudice e del Tribunale (che rientrerebbe nella volontaria giurisdizione); M. Ghidini, *Il registro delle Imprese*, Milano, 1943; A. Graziani, *L'impresa e l'imprenditore*, 2 ed. Napoli, 1959, 115 e ss; A. Jannuzzi, *Manuale di volontaria giurisdizione*, 7° ed., Milano, 12; L. Mossa, *Trattato del nuovo diritto commerciale*, I, Milano, 1942, 296; C. Santagata, *La sospensione della deliberazione nella ricostruzione dei mezzi di tutela nei casi di invalidità della fusione o irregolarità dell'iscrizione* (nota a Trib. Catania, 18.6.1994, Ciaramella ed altri) in *Banca, Borsa, tit. cred.*, 1996, II, 137 e 140 sub nota n. 125 e, seppur implicitamente, A. Genovese, *L'invalidità dell'atto di fusione,* Torino, 1997, 171; F. Trovato, *Note in tema di cancellazione di ufficio dal registro delle imprese*, in *"Iscrizione e cancellazione di ufficio, aspetti teorici e pratici"*, a cura della Fondazione-Istituto Guglielmo Tagliacarne, in www.cidel.tagliacarne.it, 17 e ss.
[83] F. Trovato, *Note in tema di cancellazione di ufficio dal registro delle imprese*, cit.
[84] F. Trovato, *Note in tema di cancellazione di ufficio,* cit.
[85] R. Garofoli, *Manuale di diritto penale*, *ibidem.*
[86] R. Garofoli, *Manuale di diritto penale*, *ibidem.*

Nel primo caso si ritiene pacificamente ammessa la disapplicazione da parte del giudice penale, "operando il provvedimento direttamente sull'intera fattispecie penale e *ab externo* alla stessa"[87]. Ciò soprattutto in considerazione del fatto che "il giudice ha una cognizione diretta e in via principale dell'atto e dei suoi effetti e può dunque disapplicarlo ove ne ravvisi l'illegittimità negandogli gli effetti che gli sono propri e pronunciandosi pertanto come se non esistesse"[88].

Tipico è il caso dei provvedimenti amministrativi con funzione tipica di condizioni di procedibilità – come ad esempio le autorizzazioni a procedere del Ministro della Giustizia – i quali, qualora ritenuti illegittimi, sono stati più volte disapplicati dal giudice penale, tanto da ritenere "come non verificato l'effetto estintivo del reato o della pena"[89].

Alla stregua di tale orientamento, quindi, operando il provvedimento di cancellazione all'esterno della fattispecie criminosa, sembrerebbe pacificamente consentito al giudice penale di disapplicare quel provvedimento amministrativo di cancellazione adottato in violazione (o "abuso") della normativa di settore.

A parere di altra dottrina, invece, il provvedimento di cancellazione della società dal registro delle imprese sarebbe ascrivibile all'amministrazione pubblica di diritto privato[90] e, di conseguenza, i provvedimenti del giudice del registro e del tribunale costituirebbero attività tipica di volontaria giurisdizione[91].

Ci si chiede, pertanto, se la natura di "volontaria giurisdizione" della cancellazione può giustificare l'emergere di un potere del giudice penale di sindacare l'atto, così come già evidenziato con riferimento ai provvedimenti amministrativi.

Ad una risposta affermativa, sembrerebbe indurre il cd. "principio di autosufficienza della giurisdizione penale"[92], enucleato nell'art. 2 c.p.p., in virtù del quale il giudice penale ha il potere di risolvere ogni questione da cui dipenda la sua decisione, salvo che una norma di legge disponga diversamente[93].

Si tratta di una disposizione coerente con i canoni accusatori ai quali si è voluto ispirare il codice di rito del 1988, che, al tempo stesso, attua la massima semplificazione delle forme e la ragionevole durata del processo[94], così come previsto dalla Costituzione all'art. 111.

Pertanto, nel caso in cui il provvedimento di cancellazione venga imposto per decreto dal giudice del registro, e vista la natura di volontaria giurisdizione di tale provvedimento, non sembra sussistere alcun ostacolo ad un accertamento incidentale del giudice penale sulla fondatezza del medesimo *decisum*.

Costituisce invero *ius receptum* che il giudice penale valuta finanche "gli accertamenti risultanti da sentenze civili o amministrative che decidono sulle controversie non vertenti sullo stato di famiglia o di cittadinanza [...] alla stregua di ogni altro materiale utile sul piano probatorio"[95], pur restando "inteso che il giudice penale dovrà congruamente motivare il suo contrario avviso rispetto al *decisum* del giudice civile o amministrativo"[96].

In virtù di ciò non a caso si sostiene, in tema di accertamenti sulla capacità processuale

[87] R. Garofoli, *Manuale di diritto penale*, *ibidem.*

[88] R. Garofoli, *Manuale di diritto penale*, *ibidem.*

[89] R. Garofoli, *Manuale di diritto penale*, *ibidem.*

[90] E. Bocchini, *La pubblicità delle società commerciali. Il procedimento*, Napoli, 1971, 315 e ss; E. Bocchini, *Manuale del registro delle imprese*, Padova, 1999, 159; R. Corrado, *La pubblicità nel diritto privato*, Torino, 1947, 57 e nota n. 1; G. Ferri, *Delle imprese commerciali e delle altre imprese soggette a registrazione* in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca *Libro V del Lavoro*, Bologna – Roma , 1968, 23 e ss; G. Giannozzi, *Funzioni attuali del registro delle imprese*, in *Giur. It*. 1961, I, 2, 647; Pugliatti, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, *nel Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo vol. XIV Milano, 1957, 270 e 354 nota n 47; R. Maggiore, *Il registro delle imprese (artt. 2188-2202)* , in *Commentario del codice civile* diretto da P. Schlesinger, 2 ed., Milano, 1996, 54; G. Zanobini, *sull'amministrazione pubblica di diritto privato*, in *Riv. dir. pubbl.* 1958, I , p. 169; G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo, vol. V Le principali manifestazioni dell'attività amministrativa* , 3° ed., Milano, 1959, p. 306.

[91] V. Afferni , *Registro delle imprese,* in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico economico*, diretto da F. Galgano *vol. II L'impresa*, Padova, 1978, 198, che qualifica tale attività come appartenente alla volontaria giurisdizione.

[92] In tal senso G. Spangher, *Nuovo codice di procedura penale, poteri di cognizione del giudice e questioni pregiudiziali*, in *Giur. it.*, 1991, V, 246; F. Tommaseo, *Nuovi profili nei rapporti fra processo civile e processo penale,* in *Nuovi profili nei rapporti tra processo civile e processo penale, Milano,* 1995, 21.

[93] G. Baccari, *La cognizione e la competenza del giudice*, Milano, 2011, 7 e ss.

[94] G. Baccari, *La cognizione*, cit. 7 e ss; G. Spangher, *Nuovo codice di procedura penale*, cit. 246; F. Tommaseo, *Nuovi profili nei rapporti fra processo civile e processo penale*, cit., 21.

[95] Secondo la relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale, GU, 24 ottobre 1988, n. 250, suppl. ord., n. 2, 103, sono fatti "salvi gli effetti costitutivi, modificativi, od estintivi di situazioni giuridiche, che ad essi siano ricollegati dalla legge".

[96] Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale, cit.

dell'imputato, che "l'interdizione dell'imputato non comporta l'obbligo del giudice di accertarne d'ufficio l'incapacità di partecipare coscientemente al processo e disporre la sospensione di cui all'art 70 c.p.p., in quanto l'interdizione presuppone l'incapacità di provvedere ai propri interessi ed il procedimento penale può svolgersi anche quando il soggetto, ancorché non in grado di provvedere ai propri interessi e, giudizialmente interdetto, appaia cosciente dello svolgimento del procedimento in modo da potere, con l'ausilio tecnico del difensore, essere consapevolmente protagonista del processo"[97].

Ragion per cui non sembra azzardato ipotizzare, che – nel caso di cancellazione di società dal Registro delle Imprese, ordinata dal giudice del registro, ma avvenuta con intenti meramente simulatori ed elusivi – il giudice penale deve operare un accertamento costitutivo teso ad acclarare la fondatezza, o meno, del provvedimento. Ben potendo, quindi, il giudice penale non condividere gli esiti accertati nel provvedimento e, in tal modo, superare l'efficacia probatoria dello stesso.

Analogo discorso si ritiene intervenire, altresì, nel caso in cui la cancellazione della società dal registro delle imprese venga disposta dall'Ufficio del Registro, in ossequio ad una attività amministrativa di diritto privato.

In tal caso, risulta evidente come il provvedimento di cancellazione, non rappresentando un vero e proprio provvedimento amministrativo *strictu sensu*, è acquisito (ai sensi degli artt. 234 e ss c.p.p.) alla stregua di un normale documento ed è liberamente valutabile dal giudice penale, sia in ordine alla sostanza, che alla forma.

Quasi come un certificato medico ideologicamente falso o come una fotografia o una videoregistrazione contraffatta, si potrebbe ipotizzare che in questi casi il giudice penale debba accertare se la cancellazione è stata o meno effettuata secondo i requisiti previsti dalla legge.

Insomma, il giudice penale potrebbe ritenere non rilevante la cancellazione meramente "elusiva" e, quindi, dichiararne, in via incidentale, l'inefficacia nel caso di specie[98].

Ciò è quanto avviene, ad esempio, con riferimento al reato di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte, ove si ritiene consentito al giudice penale di accertare la natura simulata di un negozio, eventualmente posto in essere (in palese "abuso del diritto") al solo scopo di sottrarsi al pagamento delle imposte.

Stesso discorso si ritiene operare in tema di reati edilizi, laddove la costruzione venga iniziata e terminata in poca successiva al termine di decadenza previsto per il permesso di costruire[99]. In tali casi, a parere della Cassazione, ai fini dell'applicazione dell'art. 44 lett. b) DPR 380/2001, non è necessario che la PA adotti un provvedimento formale di decadenza del permesso di costruire (come, al contrario, ritiene il Consiglio di Stato), in quanto il giudice penale ben può appurare autonomamente la decadenza sostanziale del permesso di costruire, limitandosi "ad effettuare un accertamento meramente ricognitivo dell'effettivo inizio della costruzione oltre i limiti previsti"[100].

Ferma restando la necessità di un intervento normativo in materia, potrebbe allora prospettarsi l'ammissibilità di un generale potere del giudice penale di operare un accertamento dell'atto di cancellazione della società del registro delle imprese, qualora l'esercizio del medesimo si concretizzi in una operazione occulta ed apparente, in palese "abuso del diritto".

Risulta tuttavia evidente come il tema degli effetti della cancellazione della società dal registro delle imprese configuri un vuoto normativo nella disciplina della responsabilità "da reato" degli enti.

L'auspicio pertanto è che, quanto prima, intervenga il legislatore al fine di mettere ordine nella materia e di scongiurare il rischio di elusione dell'intera disciplina in esame.

[97] Cassazione penale, Sez. V, 13 dicembre 2004, n. 2283.

[98] Ad una soluzione parzialmente conforme sembrano essere pervenute le recenti Sezioni Unite (Cassazione civile, Sezioni Unite, 12 marzo 2013 sentenze n. 6070, 6071, 6072) laddove hanno sostenuto la possibilità di superare "la presunzione di estinzione dell'ente cancellato dal registro delle imprese, mediante la prova di un fatto dinamico: cioè che la società abbia continuato in realtà ad operare – e dunque ad esistere – pur dopo l'avvenuta cancellazione dal registro"; in tal senso Pretura di Orvieto, 24 gennaio 1979, parti: Vignanelli e altro, in Prev. artigianato 1980, CXIX,24, secondo cui: "l'iscrizione all'albo delle imprese artigiane, prevista dall'art. 9 l. 25 luglio 1956 n. 860, è un atto amministrativo di natura certificativa-dichiarativa. Il giudice ordinario, pertanto, può apprezzare l'esistenza in concreto dei requisiti e delle caratteristiche di cui agli art. 1 e 2 legge cit., senza incontrare i limiti posti al sindacato dell'A.G.O. sugli atti amministrativi. (Nella specie – in tema di omissioni contributive – è stata esclusa la qualifica per due imprenditori, fratelli, titolari di due aziende formalmente diverse, entrambe iscritte all'albo ma operanti nello stesso settore di produzione, con apparecchiature meccaniche tra loro complementari, collocate in piani diversi dello stesso fabbricato in comproprietà e con interessamento dell'uno e dell'altro reparto ad ogni ciclo produttivo. È stato, cioè, ritenuto che le unità lavorative dell'una e dell'altra "azienda" dovessero sommarsi al fine di verificare il limite numerico di cui all'art. 2 lett. a) della legge)".

[99] In tal senso R. Galli, *Appunti di diritto penale*, Padova, 2008, p. 217.

[100] R. Galli, *ibidem.*

L'ADEGUAMENTO DEL SISTEMA PENALE ITALIANO AL "DIRITTO EUROPEO" TRA GIURISDIZIONE ORDINARIA E COSTITUZIONALE

Piccolo *vademecum* per giudici e avvocati penalisti*

Francesco Viganò

Abstract

I giudici e gli avvocati italiani hanno ormai scoperto l'esistenza di un *diritto europeo*, che impone al sistema penale italiano precisi *obblighi di adeguamento*: obblighi che si rivolgono non soltanto al legislatore, ma anche – e in misura crescente – agli stessi *giudici*, ordinari e costituzionali. Questo breve intervento mira a formulare alcune semplici 'istruzioni per l'uso' del diritto europeo in materia penale e processuale penale, illustrando presupposti e metodo delle tre diverse tecniche di cui il giudice ordinario dispone per assicurare l'adeguamento del diritto interno agli obblighi europei (derivanti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo o dal diritto primario o derivato dell'Unione europea): diretta applicazione della norma europea; interpretazione conforme della norma interna a quella europea; promovimento di un giudizio incidentale di legittimità costituzionale della norma interna contrastante con quella europea.

Sommario

1. Una premessa metodologica. – 2. Istruzioni per l'uso: una 'checklist' per il giudice. – 3. Un'operazione preliminare: l'interpretazione della norma europea. – 4. Prima verifica: la norma europea è direttamente applicabile? A) Le norme della CEDU e dei protocolli addizionali. – 5. *(Segue)*: B) le norme dell'Unione europea. – 6. Seconda verifica: la norma interna è suscettibile di interpretazione conforme? – 7. Il ruolo di ultima istanza della Corte costituzionale. – 8. Un dubbio, e un auspicio conclusivo.

*Questo contributo costituisce la versione rielaborata dell'intervento svolto dall'A. nel quadro del secondo convegno nazionale "Vittorio Aymone" su Sistema penale e fonti sovranazionali: la giurisprudenza delle Corti europee ed il ruolo dell'interprete svoltosi presso la Corte di Appello di Lecce il 19 e il 20 aprile 2013. Diritto penale contemporaneo ringrazia vivamente il Comitato scientifico del convegno per avere consentito ad anticipare la pubblicazione sulla nostra Rivista di questo lavoro, destinato al volume – di ormai imminente pubblicazione – che raccoglierà tutti gli atti del convegno.

1. Una premessa metodologica.

L'adeguamento del sistema penale italiano al diritto europeo – espressione lata, con la quale mi riferirò in questo contesto tanto al diritto dell'*Unione europea*, quanto al diritto riconducibile al quadro istituzionale del *Consiglio d'Europa*, e in particolare alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ai suoi protocolli addizionali – è divenuto ormai un tema alla moda non solo presso la dottrina penalistica, ma anche presso la giurisprudenza italiana; e di "diritto penale europeo" si parla ormai in una buona metà dei convegni e dei corsi di formazione professionale per avvocati e magistrati.

Altrettanto frequentemente, purtroppo, il concetto di "diritto penale europeo" viene associato ad un'idea di inestricabile *complessità*: all'immagine, insomma, di un *labirinto* di fonti, per riprendere la felice metafora di Vittorio Manes, nel quale l'interprete correrebbe il continuo rischio di smarrirsi, e/o di ritrovarsi improvvisamente senza guida sicura nella decisione del caso: con un correlativo, incontrollato allargarsi della sua discrezionalità, che renderebbe sempre più imprevedibile la decisione stessa.

E' mia ferma convinzione invece – e lo ripeto ormai in ogni occasione in cui mi capita di parlare in pubblico di questi temi – che compito prioritario della dottrina sia, in questo momento storico, da un lato quello di *tranquillizzare* gli operatori giuridici (orientarsi non è poi così difficile!), e dall'altro quello, per così dire, di *richiamarli all'ordine*: le fonti europee si coordinano con quelle nazionali secondo regole precise, che bisogna conoscere ed applicare senza indulgere ad avventurose fughe in avanti. Il giudice resta, anche in un orizzonte improvvisamente ampliato alla prospettiva europea, pur sempre "soggetto alla legge", come recita l'art. 101 Cost.; e ciò resta vero anche se per "legge" si intenda – come non può non intendersi oggi – l'intero "diritto" vincolante per il giudice, derivante dalle fonti interne *e* quelle sovranazionali.

2. Istruzioni per l'uso: una 'checklist' per il giudice.

L'adeguamento del diritto interno al diritto europeo sottostà in effetti a precise regole 'procedimentali', gradatamente messe a fuoco dalla giurisprudenza italiana, che possono schematicamente riassumersi come segue.

Una volta accertato che una data norma europea (poco importa se si tratti di una norma-principio, o di una regola di dettaglio) è potenzialmente rilevante per la decisione di un caso concreto, il giudice:

- dovrà *in primo luogo* chiedersi se la norma in questione sia *direttamente applicabile*, se del caso anche a costo di determinare la *disapplicazione* di norme interne contrastanti;
- *in secondo luogo*, ove debba essere esclusa la diretta applicazione della norma in questione, dovrà verificare se sia esperibile un'interpretazione delle norme interne in modo da evitare un risultato applicativo in contrasto con la norma europea (obbligo di *interpretazione conforme al diritto europeo*);
- *infine*, nel caso in cui nemmeno tale interpretazione conforme sia praticabile, e la norma interna da applicare risulti irrimediabilmente incompatibile con la norma europea, dovrà sollevare questione di legittimità costituzionale della norma interna per contrasto con l'art. 117 co. 1 e – se del caso – 11 Cost.

Come è evidente, dunque, l'interpretazione conforme è operazione *sussidiaria* rispetto alla diretta applicazione della norma europea, ma ha per converso la *precedenza logica* rispetto alla formulazione di una questione di legittimità costituzionale, la cui stessa ammissibilità è condizionata al previo (e infruttuoso) esperimento di un tentativo di interpretazione conforme della norma interna impugnata.

Tutto ciò evidenzia una ben precisa *ripartizione di competenze tra giudice ordinario e giudice costituzionale*: il giudice ordinario è tenuto, in prima battuta, a tentare di *risolvere da sé* il possibile conflitto tra norma interna e norma europea, mediante la diretta applicazione di quest'ultima (ove ne sussistano le condizioni) ovvero mediante l'interpretazione conforme alla norma europea della norma interna; e solo ove nessuna di queste operazioni risulti praticabile, la palla dovrà passare al giudice costituzionale, in vista della dichiarazione di illegittimità della norma interna.

3. Un'operazione preliminare: l'interpretazione della norma europea.

Presupposto essenziale di questa sorta di *checklist* per il giudice ordinario è, naturalmente, la verifica che la *norma europea* – invocata da una delle parti o esaminata *ex officio* dal giudice in virtù del principio *iura novit curia* – sia *rilevante per la decisione del caso concreto all'esame*. Tale verifica impone a sua volta al giudice l'onere di *interpretare* la norma europea, prima ancora della norma interna eventualmente contrastante: operazione, invero, non sempre agevole né scontata per il giurista italiano.

I limiti di spazio qui concessimi non mi consentono di soffermarmi sulle molte difficoltà pratiche che il giudice italiano può incontrare allorché debba interpretare una norma che nasce al di fuori dell'ordinamento italiano: difficoltà legate al diverso uso dei concetti tecnici nelle norme europee – anche se tradotte in italiano – rispetto agli usi consolidati nella nostra tradizione giuridica, nonché al diverso contesto sistematico, alla peculiare teleologia delle norme europee, così come – più banalmente – alla minore esperienza del giudice nel reperire le norme pertinenti e la giurisprudenza rilevante nelle banche dati e nei commentari.

Mi pare però cruciale sottolineare il criterio ermeneutico di fondo al quale il giudice italiano dovrà attenersi nell'interpretazione della norma europea: quello, cioè, secondo cui quest'ultima dovrà essere *interpretata in base ai canoni ermeneutici vigenti nell'ordinamento di provenienza*, e non a quelli consolidati nell'ordinamento italiano. La norma europea, ancorché vincolante per l'ordinamento italiano, conserva sempre la propria natura di norma "europea", e come tale deve essere interpretata dal giudice italiano, così come da qualsiasi altro giudice nazionale – francese, tedesco o inglese che sia.

Il giudice italiano dovrà quindi leggere la norma come parte di un *sistema* più ampio di quello ordinamentale italiano, con regole ermeneutiche e teleologia proprie. E, soprattutto, *dovrà attenersi all'interpretazione che di detta norma abbiano fornito i due organi giurisdizionali* – la Corte di giustizia dell'Unione europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo – ai quali gli Stati membri dell'UE e gli Stati parte del Consiglio d'Europa hanno conferito il potere di *interpretare autoritativamente*, rispettivamente, le norme di diritto primario e derivato dell'Unione, e le norme della Convenzione europea e dei suoi protocolli addizionali (art. 19 TUE e art. 32 CEDU).

L'affermazione che precede è, invero, revocata in dubbio da una parte della dottrina e della giurisprudenza italiana con riferimento almeno alla Corte di Strasburgo, che – si afferma – sarebbe un giudice del caso concreto, che decide controversie individuali tra lo Stato e l'individuo, senza che sia lecito trarre dai suoi precedenti indicazioni vincolanti per i giudici nazionali (specie se di altri Stati) relativamente all'interpretazione della Convenzione e dei suoi protocolli. Una simile, riduttiva considerazione del ruolo della Corte di Strasburgo non trova, però, conforto né nella lettera della Convenzione, né della prassi della Corte, degli organi politici del Consiglio d'Europa e degli stessi Stati. Già il testo dell'art. 32 CEDU attribuisce alla Corte il compito non solo di "applicare", ma anche di "interpretare" la Convenzione (e i suoi protocolli). La Corte – e lo stesso Consiglio d'Europa, nell'esercizio della sua funzione di supervisione dell'esecuzione delle sentenze della Corte – adottano inoltre ormai costantemente, da almeno una decina d'anni a questa parte, una lettura estensiva dell'art. 46 CEDU, a tenore della quale gli obblighi che discendono a carico dello Stato soccombente in una determinata controversia si estendono a tutte le situazioni identiche a quella oggetto del giudizio innanzi alla Corte. Ancora, la Corte concepisce le proprie statuizioni come *precedenti validi per l'intero spazio giuridico europeo*, come dimostra la circostanza che, quando le sentenze della Corte richiamano la precedente giurisprudenza sui profili della norma convenzionale invocata nel caso di specie, non distinguono in alcun modo tra precedenti che concernono lo stesso Stato resistente o altri Stati.

Né ciò deve stupire: la Corte di Strasburgo concepisce se stessa non già come giudice di ultima istanza in ogni singola controversia; bensì, in omaggio al principio di *sussidiarietà* della tutela dei diritti fondamentali, come giudice che detta *indicazioni generali sull'interpretazione delle norme convenzionali*, così da porre in grado i giudici nazionali di assicurare essi stessi tutela ai diritti fondamentali medesimi, nell'estensione stabilita dalla Corte medesima attraverso i propri precedenti.

Le massime giurisdizioni italiane hanno, del resto, ampiamente accolto questa prospettiva: a cominciare dalle esplicite indicazioni in questo senso contenute nelle sentenze gemelle n. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale, sino alla recente presa di posizione delle Sezioni Unite penali della Cassazione nell'ordinanza *Ercolano* del 19 aprile 2012 (dep. 10 settembre 2012), con la quale il supremo organo di nomofilachia ha rimesso al giudice delle leggi una questione di legittimità costituzionale originata da una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che aveva avuto ad oggetto un caso identico – ma evidentemente *distinto* – rispetto a quello oggetto del giudizio *a quo*, sulla base appunto del presupposto della *generale* vincolatività, quanto meno per lo Stato italiano, dei *principi di diritto* statuiti dalla Corte europea, nei confronti di *tutti* coloro che si trovino nella medesima situazione del ricorrente risultato nel singolo caso vittorioso.

4. Prima verifica: la norma europea è direttamente applicabile? A) Le norme della CEDU e dei protocolli addizionali.

Una volta stabilito, dunque, che una norma europea è rilevante per la decisione del caso di specie, il giudice dovrà anzitutto verificare se tale norma sia *direttamente applicabile* ai fini della decisione del caso, anche a costo di determinare la *disapplicazione della norma interna contrastante*.

Questa verifica si compie secondo cadenze differenti, secondo che la norma qui genericamente definita "europea" sia una norma di diritto dell'Unione europea, ovvero sia una norma riconducibile al quadro giuridico del Consiglio d'Europa, e in particolare una norma della Convenzione europea o di uno dei suoi protocolli addizionali.

Prendiamo le mosse da quest'ultima ipotesi, che è comparativamente meno complessa. Come è ormai arcinoto, le sentenze 'gemelle' n. 348 e 349/2007 della Corte costituzionale hanno marcato nettamente la distinzione tra norme dell'UE dotate di effetto diretto (e suscettibili pertanto di essere direttamente applicate dal giudice ordinario, previa *disapplicazione* della norma interna contrastante) e norme della Convenzione europea o dei protocolli addizionali, così come di tutte le altre norme internazionali vincolanti per il nostro Paese: la risoluzione dell'antinomia spetta, in questo secondo caso, *esclusivamente alla Corte costituzionale*, che deve essere chiamata dal giudice ordinario a dichiarare l'illegittimità della norma interna contrastante in forza dell'art. 117 co. 1 Cost. Afferma perentoriamente, in proposito, la sentenza n. 348/2007 (considerando in diritto n. 3.3): le norme della CEDU "sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma *non producono effetti diretti* nell'ordinamento interno, *tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto*". E analoghi concetti sono espressi dalla parallela sentenza n. 349.

Le cose mi sono sempre parse e mi paiono, tuttavia, un po' più complesse di quanto possa apparire a prima vista leggendo le sentenze 'gemelle'. La Corte costituzionale sembra dimenticare, in queste storiche pronunce, che la Convenzione europea, i protocolli addizionali, e praticamente tutte le convenzioni ratificate dal nostro Paese sono state *incorporate* nell'ordinamento interno tramite la legge di autorizzazione alla ratifica, che usualmente contiene (e certamente contiene nel caso della legge 848/1955 di autorizzazione alla ratifica della CEDU) una clausola di "piena e intera esecuzione" nell'ordinamento interno delle norme convenzionali. Queste ultime sono diventate così *parte integrante dell'ordinamento giuridico italiano*, con il medesimo rango della legge di autorizzazione alla ratifica: e dunque con il rango di norme *primarie*, suscettibili come tali di essere *direttamente applicate* dal giudice nella risoluzione delle controversie pendenti avanti a sé.

Altra questione, naturalmente, è quella della risoluzione delle eventuali antinomie tra queste norme (internazionali, ma ormai 'incorporate' nell'ordinamento italiano) ed *altre norme* compresenti nell'ordinamento, di origine puramente 'interna'. E' su *questo* terreno che deve essere apprezzata la portata innovativa delle sentenze 'gemelle': che, da un lato, sottraggono le norme internazionali 'incorporate' all'aleatorietà dei tradizionali canoni ermeneutici della *lex specialis* e della *lex posterior*, affermandone la loro natura di norme *gerarchicamente sovraordinate* in forza dell'art. 117 co. 1 Cost. – in posizione *intermedia* tra le altre norme ordinarie e quelle

costituzionali –; e dall'altro affermano, però, la *competenza esclusiva della Corte costituzionale* a risolvere le eventuali antinomie, mediante la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma interna contrastante. Con l'importante risultato pratico – cui la Corte costituzionale evidentemente mira – di consentire alla stessa Corte di azionare il freno dei 'controlimiti', qualora la norma internazionale risulti essa stessa contraria alla Costituzione.

Ma – ed ecco il punto cruciale – *nulla osta alla diretta applicazione da parte del giudice ordinario di una norma internazionale 'incorporata' allorché tale diretta applicazione non implichi la contestuale disapplicazione di altra norma interna contrastante*: il che ben può accadere, nei casi in cui la norma internazionale in questione si inserisca in uno *spazio giuridicamente 'vuoto'*, ossia *non regolato* dalle norme puramente interne. In questa ipotesi nulla, ripeto, si opporrà alla diretta applicazione da parte del giudice ordinario della norma internazionale, secondo il modello inaugurato sin dalla fine degli anni Ottanta dalla Cassazione penale con la storica sentenza *Polo Castro*.

Per toccare con mano la portata pratica dell'affermazione: l'art. 6 CEDU, così come interpretato dalla Corte europea in varie sentenze tra cui *Drassich c. Italia*, richiede che il giudice solleciti il contraddittorio delle parti sulla possibilità di una diversa qualificazione giuridica del fatto contestato, al fine di non sorprendere l'imputato, per l'appunto, con una diversa qualificazione, rispetto alla quale egli non abbia avuto la possibilità di formulare osservazioni difensive. Ebbene, calata nel nostro ordinamento, l'applicazione di questa regola – contenuta nell'art. 6 CEDU, che è norma 'incorporata' nell'ordinamento italiano in forza della clausola di piena e intera esecuzione della Convenzione di cui alla legge n. 848/1955 – *non contrasta con alcuna norma del codice di procedura penale* (non, in particolare, con l'art. 521 co. 1 c.p.p., che si limita a consentire al giudice di mutare in sentenza la qualificazione giuridica del fatto contestato: possibilità che l'art. 6 CEDU pure riconosce, secondo l'interpretazione della Corte di Strasburgo), ma si inserisce *in uno spazio giuridicamente non regolato*, introducendo semplicemente una *nuova garanzia per la difesa*, che il legislatore del 1989 non aveva previsto, nell'ipotesi in cui il giudice – del tutto legittimamente – ritenga erronea la qualificazione giuridica del fatto operata dalla pubblica accusa; garanzia che ben può essere assicurata mediante un semplice invito rivolto alle parti, al più tardi in sede di discussione, a formulare le proprie osservazioni anche in ordine a una *eventuale* qualificazione giuridica alternativa del fatto oggetto di imputazione. Come dovrebbe risultare chiaro, non si tratta qui di *disapplicare* alcuna norma interna, men che meno l'art. 521 co. 1 c.p.p.; ma semplicemente di *applicare direttamente* l'art. 6 CEDU così come interpretato dalla Corte di Strasburgo *accanto* alle pertinenti norme del codice di rito. Senza alcuna necessità di coinvolgere qui la Corte costituzionale (nessuna norma deve essere dichiarata costituzionalmente illegittima!), e senza nemmeno procedere ad alcuna interpretazione conforme delle norme interne (la salvaguardia del contraddittorio sulla qualificazione giuridica situandosi su un piano completamente distinto rispetto a quello oggetto dell'art. 521 co. 1 c.p.p.).

Identico schema vale per la regola – derivata anch'essa dall'art. 6 CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo in una ricchissima giurisprudenza – che vieta di fondare una sentenza di condanna *esclusivamente* su dichiarazioni non assunte nel contraddittorio tra le parti. Anche qui non c'è da disapplicare proprio alcuna norma interna contrastante: le norme che autorizzano a date condizioni la *lettura* – e dunque *l'acquisizione* nel fascicolo d'ufficio – di simili dichiarazioni (artt. 512 e ss. c.p.p., sulla base della 'copertura' di cui all'art. 111 co. 5 Cost.) continuano a trovare pacificamente applicazione; l'art. 6 CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo, interviene piuttosto a dettare una *regola sulla valutazione* di queste prove legittimamente ammesse, regola che si inserisce anch'essa *in uno spazio giuridicamente 'vuoto'*, affiancandosi alla regola di valutazione di cui all'art. 192 co. 3 c.p.p. di cui riproduce in sostanza la logica: le dichiarazioni di persone non passate al filtro del contraddittorio possono essere valutate come prove idonee a fondare una sentenza di condanna – esattamente come le chiamate in correità – solo *unitamente ad altri elementi di prova* che ne confermano l'attendibilità. Nessuna disapplicazione, dunque, né interpretazione conforme delle norme sulle letture consentite; ma *diretta applicazione* di una nuova regola di valutazione della prova contenuta nell'art. 6 CEDU, che si aggiunge con pari dignità alle regole di valutazione della prova già disciplinate dall'art. 192 c.p.p.

5. (*Segue*): B) le norme dell'Unione europea.

Passando allora alle norme dell'Unione europea, in linea di principio il discorso è semplice: da almeno cinquant'anni è pacifico, dal punto di vista della giurisprudenza della Corte di giustizia, che esistano norme di diritto primario o derivato delle Comunità europee (e ora dell'UE) idonee a produrre *effetti diretti* negli ordinamenti degli Stati membri (*van Gend en Loos*, 1963), con effetto di *primazia* rispetto al diritto nazionale (*Costa c. Enel*, 1964), e dunque con obbligo per il giudice interno di *disapplicare la norma interna contrastante*, senza dovere né potere rimettere alla Corte costituzionale il compito di eliminare tale ultima norma (*Simmenthal*, 1978). Questi principi, come è altrettanto noto, sono stati integralmente recepiti dalla nostra Corte costituzionale nella sentenza *Granital* (n. 170/1984), in seguito alla quale tutte le questioni di legittimità costituzionale aventi ad oggetto un sospetto contrasto tra norme interne e norme comunitarie o dell'UE dotate di effetto diretto sono state dichiarate *inammissibili*, spettando appunto direttamente al giudice ordinario risolvere la prospettata antinomia mediante la disapplicazione della norma interna contrastante.

La prima verifica che il giudice italiano dovrà compiere di fronte a un sospetto caso di antinomia tra norma interna e norma di diritto comunitario o diritto dell'UE attiene, dunque, all'idoneità di quest'ultima a produrre effetti diretti nell'ordinamento interno: verifica, peraltro, non sempre agevole, ma che deve essere condotta secondo i criteri elaborati dalla giurisprudenza (cinquantennale, appunto) della Corte di giustizia, sui quali non mi è possibile qui per ragioni di spazio analiticamente soffermarmi, ma che possono essere un po' grossolanamente sintetizzati nel carattere *incondizionato* della norma (che deve essere tale, cioè, da poter essere applicata senza necessità di ulteriori interventi normativi da parte del legislatore europeo: il che si verifica, tipicamente, quando la norma abbia contenuto *negativo*, riconducibile come tale allo schema del *divieto*), nonché – per ciò che concerne specificamente le *direttive* – l'inutile scadenza del termine di trasposizione e, soprattutto, la loro idoneità a fondare un *diritto* in capo all'individuo nei confronti dello Stato membro (c.d. effetto diretto *verticale*), restando per contro escluso l'effetto diretto nelle relazioni *orizzontali* tra gli individui.

Solo quando si sia escluso l'effetto diretto della norma europea in questione, diverrà attuale per il giudice l'obbligo di *interpretazione conforme* della disciplina interna, obbligo rispetto al quale non a caso la dottrina comunitaristica parla di "effetto *indiretto*" degli atti di diritto comunitario o dell'UE, appunto, sprovvisti di effetto diretto.

Qualche rapido cenno merita peraltro la questione, oggi di viva attualità, del possibile effetto diretto delle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), alla quale come è noto l'art. 6 TUE ha attribuito lo stesso valore giuridico dei Trattati, e dunque il rango di normativa di diritto primario dell'Unione. Da ciò discende che le disposizioni della Carta, nella misura in cui siano *incondizionate* – e cioè suscettibili di essere applicate senza necessità di essere concretizzate e precisate da atti di diritto derivato (cfr. *a contrario* la recente sentenza della Corte di giustizia 15 gennaio 2014, *Association de médiation sociale v. Union locale des syndicats CGT*, in causa C-176/12) –, possono certamente produrre *effetto diretto nell'ambito di attuazione del diritto dell'Unione* (cfr. in questo senso, per tutte, Corte di giustizia UE, sent. 19 gennaio 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07, in materia di divieto di discriminazione in base all'età di cui all'art. 14 della Carta; sulla nozione di *ambito di attuazione* del diritto dell'UE, di cui all'art. 51 CDFUE, cfr. recentemente C. giust. UE, sent. 26 febbraio 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10).

Ciò vale anche per le disposizioni che la Carta dedica al diritto e al processo penale (artt. 47-50); disposizioni che peraltro devono essere lette, in forza dell'art. 52 § 3 della Carta, come aventi identico significato e identica portata rispetto alle corrispondenti garanzie riconosciute dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, così come interpretate dalla Corte di Strasburgo. Il che comporta, in pratica, l'*incorporazione nelle norme della Carta dell'intero acquis di Strasburgo* in materia di *fair trial* (art. 6 CEDU) e di *nullum crimen* (art. 7 CEDU).

Tutto ciò non autorizza ad affermare – si badi – che la Convenzione europea sia stata 'comunitarizzata' in forza dell'art. 52 § 3 della Carta. Come ha giustamente precisato la Corte di giustizia, il Trattato di Lisbona non ha determinato nell'ambito dell'Unione alcun mutamento giuridico nel rango della Convenzione, che resta un trattato che vincola ciascuno Stato membro, ma non può essere considerato *di per sé* parte del diritto dell'Unione; con la

conseguenza che l'art. 6 § 3 TUE non obbliga in via generale gli Stati membri ad applicare direttamente, nei rispettivi ordinamenti giuridici, le norme della CEDU (C. giust., Grande Sezione, sent. 24 aprile 2012, *Kamberaj*). Se è vero, tuttavia, che *nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione* trovano applicazione per tutti gli Stati membri le norme della Carta (art. 51 CDFUE), e che tali norme – in quanto norme di diritto primario – sono certamente suscettibili di diretta applicazione negli ordinamenti interni sussistendo le condizioni poc'anzi rammentate; e se è vero, altresì, che nella misura in cui le norme della Carta corrispondano a quelle della CEDU, il loro contenuto e la loro portata saranno da intendersi come identici a quelli delle corrispondenti norme convenzionali (art. 52 § 3 CDFUE), la conseguenza è obbligata sul piano logico: limitatamente all'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, il giudice ordinario ben potrà, e anzi dovrà, *disapplicare le norme interne contrastanti con le norme della CEDU implicitamente richiamate dalla Carta*, e in particolare – per ciò che concerne in giudice penale – dovrà disapplicare le norme interne incompatibili con i principi elaborati dalla giurisprudenza di Strasburgo in materia di *fair trial* (art. 6 CEDU) e di *nullum crimen* (art. 7 CEDU). In tal modo, il giudice assicurerà la diretta applicazione non tanto alle norme della CEDU in quanto tali, ma *della stessa Carta*, che tali norme incorpora e fa proprie tramite il 'trasformatore' rappresentato dall'art. 52 § 3.

Questa conseguenza, ancora non ben interiorizzata dalla giurisprudenza italiana, si ricava del resto implicitamente anche dalla recente giurisprudenza costituzionale italiana, e in particolare dalla sentenza 80/2011. In quella occasione, la Corte ha bensì negato che i principi in tema di pubblicità delle udienze desumibili dall'art. 6 CEDU potessero essere applicati direttamente dal giudice ordinario, con contestuale disapplicazione della norma di legge interna contrastante; ma ciò in quanto la fattispecie oggetto di quel particolare giudizio – il procedimento di prevenzione – era certamente *estranea all'ambito di applicazione del diritto dell'Unione*, e per ciò stessa estranea anche all'ambito di applicazione della Carta ai sensi dell'art. 51 CDFUE.

Dovrà invece riconoscersi la possibilità/doverosità di un effetto diretto della Carta (e dunque, mediatamente, delle disposizioni corrispondenti della CEDU, così come interpretate dalla Corte di Strasburgo) ogniqualvolta si versi nell'ambito di applicazione del diritto UE. Il che potrà accadere, ad es., quando la norma interna che dovrebbe essere applicata nel caso di specie incida su una materia positivamente regolata, a livello europeo, mediante una direttiva, come accade ormai in molti settori del diritto penale (si pensi alla tutela dell'ambiente, della libertà e integrità sessuale dei minori, alla materia dello sfruttamento del lavoro degli immigrati clandestini, alla tratta degli esseri umani, etc.) e del processo penale. Qui nessun intervento del giudice delle leggi sarà più richiesto: alla luce dell'art. 6 § 3 TUE, in combinato disposto con l'art. 51 della Carta, il *giudice ordinario* sarà tenuto egli stesso a risolvere eventuali antinomie tra la Carta (e, mediatamente, la stessa Convenzione) e le norme interne pertinenti, mediante la *disapplicazione* di queste ultime.

6. Seconda verifica: la norma interna è suscettibile di interpretazione conforme?

E veniamo così all'ipotesi in cui, invece, il giudice concluda che la norma europea rilevante per la decisione del caso di specie *non è suscettibile di diretta applicazione*: o perché si tratti di norma del diritto UE inidonea a produrre effetto diretto, secondo i principi dell'ordinamento di provenienza; o perché si tratti di norma convenzionale che, pur se 'incorporata' nell'ordinamento tramite la clausola di piena e intera esecuzione contenuta nella legge di autorizzazione alla ratifica, si inserisca tuttavia in uno *spazio già regolato da una norma di legge nazionale prima facie contrastante con la norma europea*.

In questa ipotesi, il giudice deve accertare *se l'antinomia davvero sussista*, ovvero possa essere superata in via ermeneutica, mediante l'*interpretazione conforme* della norma interna.

Al tema dell'interpretazione conforme al diritto sovranazionale ho dedicato qualche tempo un'estesa analisi (*Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sopranazionali*, in P. Corso – E. Zanetti (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, La Tribuna, 2010, pp. 617-679), alla quale non posso che rinviare per ogni dettaglio e riferimento bibliografico e giurispruden-

ziale. In questa sede, mi preme però porre nuovamente in evidenza alcuni profili di particolare rilevanza per la prassi applicativa.

Anzitutto la *priorità* dell'obbligo di interpretazione conforme rispetto alle tecniche ermeneutiche 'classiche' di cui dispone il giudice: interpretazione letterale, storica, sistematica, teleologica. Salvo il limite della radicale incompatibilità con la lettera della norma, sul quale tornerò tra qualche istante, si deve infatti ritenere che il giudice sia *sempre* tenuto a optare per un'interpretazione il cui risultato armonizzi con gli obblighi sovranazionali assunti dal nostro Paese, e non sia con essi in contrasto; e ciò anche se, per avventura, la *volontà del legislatore storico* – così come desumibile, ad es., dai lavori preparatori – andasse in una direzione opposta, dal momento che il legislatore medesimo è oggi vincolato al principio del rispetto degli obblighi internazionali in forza dell'art. 117 co. 1 Cost., e non ha più il potere di porre in essere nel nostro ordinamento norme valide in contrasto con tali obblighi, come invece si riteneva in passato. Anche il *telos* della norma interna e il *sistema* nel quale essa si inserisce devono ormai essere ricostruiti tenendo conto degli obblighi imposti dagli obblighi sovranazionali, che determinano l'ingresso nell'ordinamento di nuovi finalità e principi, dei quali l'interprete è chiamato a tenere conto anche nell'interpretazione delle norme di origine puramente nazionale.

Il *limite logico* dell'interpretazione conforme sta però, come anticipato, nell'impossibilità di pervenire per questa via a un risultato *incompatibile con la lettera della norma*, dal momento che in una tale ipotesi la norma sarebbe semplicemente *disapplicata* in favore della norma sovranazionale: un risultato che presupporrebbe, tuttavia, l'effetto diretto della norma sovranazionale, che per definizione essa non deve possedere perché si possa porre il problema dell'interpretazione conforme della norma interna. Il limite della compatibilità del risultato ermeneutico con la lettera della norma segna dunque il confine tra il *potere del giudice ordinario* di assicurare la compatibilità del diritto interno agli obblighi europei attraverso l'interpretazione conforme – laddove possibile –, e il suo *dovere di investire di tale compito la Corte costituzionale* mediante la proposizione di una questione di legittimità costituzionale della norma interna in ragione del suo contrasto – insuperabile in via interpretativa – con la normativa europea. Sulla *lettera della norma* si gioca, in altre parole ancora, la *ripartizione di competenza tra giudice ordinario e giudice costituzionale* nell'adeguamento del diritto interno agli obblighi europei – così come, del resto, più in generale accade rispetto al compito di assicurare la compatibilità dell'ordinamento agli obblighi derivanti dalla Costituzione.

Un po' più complessa appare la questione se l'obbligo di interpretazione conforme al diritto europeo incontri *ulteriori limiti* di natura – questa volta – *assiologica*, in particolare con riferimento alla possibilità di un conflitto nel caso concreto tra tale canone ermeneutico e l'*obbligo di interpretazione conforme a Costituzione*. *Quid iuris*, cioè, se il risultato cui si pervenga attraverso l'interpretazione conforme della norma interna agli obblighi europei – l'unico risultato, in ipotesi, che consenta di armonizzare la norma interna con questi ultimi obblighi – risulti in concreto *incompatibile con i principi costituzionali*?

La questione evoca, in un contesto tutt'affatto diverso da quello usuale, il problema dei c.d. *controlimiti* alle limitazioni di sovranità che derivano *ex* art. 11 e 117 co. 1 Cost. dagli obblighi dell'Unione europea, nonché al connesso problema dei limiti alla stessa potestà legislativa che derivano dagli obblighi internazionali vincolanti per il nostro Paese ai sensi dell'art. 117 co. 1 Cost. La posizione della Corte costituzionale è in proposito assai netta: gli obblighi europei non possono pregiudicare la prioritaria tutela dell'insieme degli obblighi derivanti dalla Costituzione per quanto riguarda i comuni obblighi internazionali (tra cui quelli derivanti dalla CEDU e dai suoi protocolli: cfr. in questo senso le sentenze 348 e 349/2007), ovvero la tutela di un nucleo minimo di "principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana" per quanto concerne gli obblighi derivanti dal diritto UE (cfr. già in questo senso la sent. 170/1984). Se dunque tali limiti devono essere fatti valere dalla Corte costituzionale nei giudizi aventi ad oggetto la compatibilità delle norme interne con gli obblighi sovranazionali, analogamente essi si imporranno per il *giudice ordinario* in sede di interpretazione conforme della norma interna a tali obblighi sovranazionali, l'obbligo di interpretazione conforme dovendo intendersi come limitato dal (prevalente) obbligo di assicurare la compatibilità del risultato ermeneutico con gli obblighi costituzionali (o quanto meno, con riferimento al diritto UE, con il 'nucleo duro' dei controlimiti di cui parla la giurisprudenza costituzionale).

Il ragionamento appena svolto è – mi pare – inattaccabile sul piano teorico; ma non è

davvero facile immaginare ipotesi concrete in cui un simile dilemma possa porsi al giudice ordinario italiano. Giacché, non lo si dimentichi, gli obblighi europei che qui rilevano appartengono a due fondamentali categorie: o sono essi stessi il mero rovescio di diritti fondamentali riconosciuti internazionalmente nei confronti dello Stato (è il caso degli obblighi derivanti dalla CEDU, dai suoi protocolli addizionali e della Carta dei diritti fondamentali dell'UE); ovvero sono obblighi di fonte UE, la cui validità – nello stesso ordinamento giuridico di provenienza – è condizionata al rispetto di quegli stessi diritti fondamentali, che sono al tempo stesso principi generali del diritto dell'Unione. Che si possa giungere ad affermare la contrarietà alla Costituzione italiana dell'obbligo di rispettare un diritto fondamentale riconosciuto dalla comunità internazionale è – per fortuna – ipotesi di rilevanza solo teorica; e quanto all'ipotesi in cui il giudice ordinario abbia ragione di sospettare che un determinato obbligo di fonte UE – ad esempio, l'obbligo di criminalizzazione di una data condotta – violi un diritto fondamentale, egli avrà sempre la possibilità di sottoporre alla Corte di giustizia una *questione pregiudiziale di validità ex* art. 267 lett. *b)* TFUE della norma UE per contrasto con tale diritto fondamentale, con ogni verosimiglianza riconosciuto non solo dalla Costituzione italiana ma anche in sede europea.

Si afferma frequentemente presso la dottrina italiana, infine, che al giudice ordinario sarebbe precluso giungere a una interpretazione estensiva della norma incriminatrice per assicurarne la conformità rispetto agli obblighi europei; sì da riconoscere un ulteriore limite all'obbligo di interpretazione conforme, rappresentato dal *divieto di interpretazioni estensive della norma incriminatrice*. L'affermazione, tuttavia, non convince, a meno che per "interpretazione estensiva" non si intenda in realtà una interpretazione *tout court analogica* della norma (secondo un'equiparazione terminologica corrente in contesti culturali e linguistici diversi da quelli italiani), che è certamente vietata dal principio di legalità in materia penale, sulla base dell'art. 25 co. 2 Cost. così come sulla base dell'art. 7 CEDU (e dunque anche dell'art. 49 CDFUE). Finché tuttavia il risultato interpretativo risulti compatibile con i possibili significati letterali delle espressioni utilizzate dal legislatore, nessun principio o diritto fondamentale risulterà violato; e proprio non vedo perché mai il giudice penale non possa optare, tra due possibili interpretazioni della norma incriminatrici – entrambe coperte dal suo significato letterale, e pertanto entrambe legittime ai sensi dell'ordinamento interno! –, quella che ne estenda l'ambito di applicazione anche a condotte che la norma europea impone che siano sottoposte a pena.

A una diversa conclusione dovrebbe giungersi soltanto se esistesse nell'ordinamento italiano un principio ermeneutico (tanto importante da imporsi sui contrastanti obblighi di fonte europea!) secondo cui, nel dubbio tra due possibili interpretazioni di una norma penale, il giudice dovrebbe comunque optare per quella che ne riduce l'ambito di applicazione – una sorta, insomma, di *in dubio pro reo*, riferito però non all'accertamento processuale del fatto, ma all'interpretazione della norma incriminatrice –: ma un tale canone ermeneutico, in realtà, non esiste, in assenza di alcun plausibile fondamento normativo nel nostro ordinamento, né tanto meno nelle fonti internazionali vincolanti per il nostro Paese.

7. Il ruolo di ultima istanza della Corte costituzionale.

L'ultimo strumento a disposizione del giudice per uniformare l'ordinamento interno agli obblighi di fonte europea è rappresentato dalla proposizione di una *questione di legittimità costituzionale* della norma interna *a)* sprovvista di effetto diretto e *b)* insuscettibile di essere armonizzata con tali obblighi europei attraverso lo strumento dell'interpretazione conforme.

Una simile questione può, come è noto, essere impostata sulla base di due distinti parametri: l'art. 11 e l'art. 117 co. 1 Cost. Quest'ultima norma entrerà in gioco in via esclusiva allorché il giudice assuma il contrasto della norma interna con un obbligo *stricto sensu* internazionale, e in particolare con la CEDU e i suoi protocolli addizionali, così come interpretati dalla Corte di Strasburgo; mentre entrambi i parametri dovranno essere invocati quando il contrasto sia con una norma dell'UE (sprovvista, ovviamente, di effetto diretto).

La palla passerà, a questo punto, alla Corte costituzionale, alla quale spetterà il compito di eliminare dall'ordinamento – con effetto *erga omnes* – la norma in contrasto con gli obblighi sovranazionali che vincolano il nostro Paese, salva una verifica di ultima istanza in relazione ai già menzionati "principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti

inalienabili della persona umana" per quanto concerne gli obblighi derivanti dal diritto UE e con l'insieme dei principi costituzionali per quanto riguarda gli obblighi internazionali *stricto sensu*.

8. Un dubbio, e un auspicio conclusivo.

Scorrendo rapidamente le poche pagine che precedono prima di licenziare definitivamente questo lavoro, mi assale il timore che il lettore possa uscire, anziché con le idee finalmente schiarite, con un gran mal di capo, e con in tasca l'impressione, che era invece mia intenzione dissipare, della estrema complessità di questa materia, patrimonio di pochi iniziati e inaccessibile alla massa degli operatori giuridici, assillati da ben altri urgenti problemi.

Spero davvero che così non sia: come sempre accade rispetto a qualsiasi problema giuridico, alcuni passaggi sono ancora bisognosi di approfondimenti e di elaborazioni giurisdizionali, e altri sono tuttora discussi dalla dottrina e dalla prassi; ma le linee essenziali del discorso sono ormai ben consolidate, e generalmente condivise, in modo da poter orientare in maniera sicura l'attività del giudice. Il quale ha davanti a sé, come ho cercato di mostrare, una sorta di percorso obbligato: una *serie di tappe* che deve percorrere, in un ordine ben preciso, nell'adempimento del proprio compito di assicurare l'adeguamento del diritto nazionale (e dunque anche del diritto e della procedura penale) agli obblighi europei, portando così al proprio naturale compimento, nel singolo caso concreto, quel medesimo dovere che l'art. 117 co. 1 Cost. pone a carico del legislatore.

Alcuni passaggi, ripeto, potranno apparire ancora un po' ostici; ma il continuo accumularsi dell'esperienza applicativa, che purtroppo in queste poche pagine non è stato possibile evocare se non in maniera frammentaria, contribuirà certamente a dipanare queste residue difficoltà, e a rendere familiare questa materia anche alla gran massa degli operatori del nostro sistema penale, e in particolare ai *giudici ordinari*. Sulle cui spalle, come ho cercato di dimostrare, ricade in larghissima parte la responsabilità di restituire al nostro sistema penale – attraverso il continuo confronto con gli standard europei – efficienza, giustizia, e prestigio agli occhi del mondo.

Giurisprudenza in primo piano

178 **La Corte di Giustizia considera la direttiva europea 2006/24 sulla c.d. "*data retention*" contraria ai diritti fondamentali. Una lunga storia a lieto fine?**
Roberto Flor

191 **La confisca allargata: dalla lotta alla mafia alla lotta all'evasione fiscale?**
Anna Maria Maugeri

218 **Adescamento di minorenni tramite *Facebook*: tra tentativo di violenza sessuale mediante induzione con inganno e nuovo art. 609-*undecies* c.p.**
Marco Montanari

231 **"Alla ricerca dell'induzione perduta": le Sezioni Unite tentano una soluzione**
Daniele Piva

242 **La sentenza n. 5/2014 della Corte costituzionale: una nuova importante restrizione delle "zone franche" dal sindacato di legittimità nella materia penale**
Marco Scoletta

251 **Ardita la rotta o incerta la geografia? La disapplicazione della legge 40/2004 "in esecuzione" di un giudicato della Corte EDU in tema di diagnosi preimpianto**
Antonio Vallini

LA CORTE DI GIUSTIZIA CONSIDERA LA DIRETTIVA EUROPEA 2006/24 SULLA C.D. "DATA RETENTION" CONTRARIA AI DIRITTI FONDAMENTALI. UNA LUNGA STORIA A LIETO FINE?

Roberto Flor

Abstract

L'epocale sentenza della Corte di Giustizia sulla c.d. data *retention* ha invalidato la direttiva 2006/24, in quanto non compatibile con i limiti imposti dal rispetto del principio di proporzionalità, alla luce degli artt. 7, 8 e 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Ne consegue che se le norme interne dei singoli Stati, come nel caso italiano, non rispettano gli standards ricavabili dalla sentenza, esse dovrebbero essere disapplicate per contrasto con il diritto europeo. La soluzione più immediata, ma purtroppo ad effetto "locale", vede come protagonista il legislatore nazionale, il quale dovrebbe intervenire ed adattare l'attuale disciplina agli standards elaborati dalla Corte di Giustizia. Sarebbe però maggiormente auspicabile un intervento del legislatore europeo, nell'ambito di una più ampia politica criminale dell'Unione, considerando l'utilità e, spesso, l'indispensabilità della *data retention* nell'odierna società dell'informazione, in particolare per prevenire e accertare gravi reati lesivi di importanti beni giuridici.

Sommario

1. Una premessa necessaria – 2. I fatti all'origine dei procedimenti principali – 3. Le questioni pregiudiziali – 4. La decisione della Corte di Giustizia – 4.1. La compatibilità della direttiva 2006/24 con gli artt. 7, 8 e 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – 4.2. L'applicazione del principio di proporzionalità per la tutela del nucleo essenziale dei diritti fondamentali coinvolti – 5. Conclusioni necessariamente provvisorie e questioni aperte

1. Una premessa necessaria.

Il 18 aprile 2011 la Commissione europea ha presentato la relazione al Consiglio ed al Parlamento europeo avente ad oggetto la "Valutazione dell'applicazione della direttiva sulla conservazione dei dati (direttiva 2006/24)"[1].

L'analisi della Commissione si è basata sulle comunicazioni relative al recepimento dell'atto europeo trasmesse da venticinque Stati membri.

In Repubblica Ceca, Germania e Romania le rispettive Corti costituzionali avevano dichiarato incostituzionali le leggi nazionali di attuazione della stessa direttiva[2].

Il rapporto ha evidenziato, *in primis*, che quest'ultima ha assicurato che la maggior parte degli Stati membri provvedessero alla conservazione dei dati, ma non ha garantito di per sé che i dati conservati fossero immagazzinati, estratti e usati nel pieno rispetto del diritto alla vita privata e del diritto alla protezione dei dati personali.

In secondo luogo, essendo stata delegata agli Stati la previsione delle garanzie per i diritti fondamentali, esso ha rilevato la carenza di un approccio comune, anche con riferimento alla limitazione delle finalità della *data retention*, ai periodi di conservazione e alle previsioni di contributi economici statali per gli operatori e i fornitori di servizi destinatari dell'obbligo di conservazione dei dati.

In terzo luogo, la Commissione, prendendo atto, da un lato, proprio del caso irlandese – a seguito del quale la questione della validità della direttiva è stata rimessa alla Corte di Giustizia[3] – e, dall'altro lato, dell'intervento del Garante europeo per la protezione dei dati personali – il quale ha affermato che la direttiva «non ha armonizzato la legislazione nazionale» e che il ricorso alle informazioni conservate non si limita allo stretto necessario per contrastare i reati gravi[4] – ha sollevato dubbi sul rispetto della vita privata e della riservatezza e ha evidenziato la necessità di norme più severe anche in materia di sicurezza e protezione dei dati, basandosi sulle critiche, emerse anche a seguito delle citate sentenze delle Corti costituzionali nazionali, all'obbligo di conservazione dei dati così come previsto dalla legislazione vigente.

La Commissione, però, ha sostenuto l'indispensabilità della *data retention* nell'ambito delle investigazioni per l'accertamento e la prevenzione di gravi reati[5], anche tramite una più recente statistica[6], nonché attraverso la presentazione di un documento in cui dimostra la necessità della conservazione dei dati per la lotta contro gravi forme di criminalità[7]

Per questo motivo, e in un momento storico di massima allerta contro attacchi terroristici, essa ha sottolineato l'opportunità di esaminare la conservazione dei dati nell'UE alla luce dei principi di necessità e proporzionalità, tenuto conto e nell'interesse della sicurezza nazionale, del buon funzionamento del mercato interno e del rafforzamento del rispetto della vita privata, nonché del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali, proponendo la revisione del quadro giuridico in materia di conservazione dei dati sulla base di alcune raccomandazioni, fra le quali: a) sostenere e disciplinare la conservazione dei dati quale misura di sicurezza; b) garantire la proporzionalità nell'intero processo di immagazzinamento, estrazione e uso dei

[1] V. COM(2011) 225 definitivo

[2] Su tali vicende, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, si consenta di rinviare a R. Flor, *Le recenti sentenze del Bundesverfassungsgericht e della Curtea Constituțională sul data retention*, in L. Violante, T. Galiani, A. Merli, *Oggetto e limiti del potere coercitivo dello Stato nelle democrazie costituzionali*, in *Annali della facoltà giuridica*, Camerino, 2013, 308-329 e R. Flor, Data retention *e limiti al potere coercitivo dello Stato in materia penale: le sentenze del Bundesverfassungsgericht e della Curtea Constituțională,* in *Cass. pen.*, 2011, 1952-1969; cfr. altresì R. Flor, *Data retention rules under attack in the European Union? (Po sulmohen rregullat mbi ruajtjen e të dhënave në Bashkimin Evropian?)*, in *Illyrius*, 2012, 69-86; R. Flor, *La tutela dei diritti fondamentali della persona nell'epoca di Internet. Le sentenze del Bundesverfassungsgericht e della Curtea Constituțională su investigazioni ad alto contenuto tecnologico e* data retention, in L. Picotti, F. Ruggieri, *Nuove tendenze della giustizia penale di fronte alla criminalità informatica. Aspetti sostanziali e processuali*, Torino, 2011, 32-49.

[3] Vedi infra, 2.

[4] Cfr. COM(2011) 225 definitivo, 33, nota 126.

[5] Gli stessi Stati membri, in generale, hanno affermato che la conservazione dei dati è «quanto meno utile, e in alcuni casi indispensabile, per prevenire e contrastare la criminalità, compresa la protezione delle vittime e l'assoluzione degli imputati innocenti». La Repubblica ceca, ad esempio, ha considerato la conservazione dei dati «assolutamente indispensabile in un gran numero di casi»; la Slovenia ha indicato che l'assenza di dati conservati «paralizzerebbe l'attività delle agenzie di contrasto»; l'Ungheria ha affermato che era «indispensabile nelle attività ordinarie [delle agenzie di contrasto]»; il Regno Unito ha descritto la disponibilità di dati relativi al traffico come «assolutamente essenziale … per condurre indagini riguardanti il terrorismo e i reati gravi». Vedi COM(2011) 225 definitivo, 25, nota 105.

[6] Vedi http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/police-cooperation/data-retention/docs/statistics_on_requests_for_data_under_the_data_retention_directive_en.pdf

[7] Vedi http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/pdf/policies/police_cooperation/evidence_en.pdf

dati[8].

Alla data di presentazione del rapporto sulla valutazione dell'applicazione della direttiva sulla c.d. *data retention* erano stati proposti ricorsi riguardanti la conservazione dei dati anche dinanzi alle Corti delle leggi di Bulgaria, Cipro e Ungheria[9].

Più di recente, con l'ordinanza del 26 settembre 2013 la Corte costituzionale slovena[10], dovendosi pronunciare in merito ad una questione di costituzionalità relativa alla legge sulle comunicazioni elettroniche, adottata dal Parlamento sloveno nel 2012, in attuazione della citata direttiva europea, ha sospeso il giudizio in attesa della sentenza interpretativa della Corte di Giustizia, richiesta dalle Corti irlandese e austriaca[11].

L'epocale sentenza in commento della Corte di Giustizia giunge, dunque, in un delicato momento storico, in cui il ricorso alle "investigazioni tecnologiche"[12] e all'accessibilità a dati ed informazioni trasmesse per via telefonica e telematica deve confrontarsi con le esigenze di accertamento dei reati e di ricerca della prova, da un lato, e di rispetto delle garanzie e dei diritti inviolabili dei cittadini, dall'altro lato, nel contesto più ampio della riforma in atto, a livello europeo, di tutta la disciplina in materia di tutela della *privacy*, attraverso un *corpus* unico di norme[13].

[8] Nell'ambito della valutazione d'impatto di una futura proposta in materia di conservazione dei dati, nel rispetto del principio di proporzionalità e con l'obiettivo di contrastare i reati gravi, la Commissione ha fatto riferimento: alla coerenza tra la limitazione delle finalità della conservazione dei dati e le categorie di reati per le quali si possono consultare e usare i dati conservati; alla maggiore armonizzazione ed eventuale riduzione dei periodi di conservazione obbligatoria dei dati; alla garanzia di un controllo indipendente delle richieste di accesso e del regime generale di conservazione dei dati e di accesso agli stessi applicato in tutti gli Stati membri; alla limitazione delle autorità autorizzate a consultare i dati; alla riduzione delle categorie di dati da conservare; agli orientamenti in materia di misure di sicurezza tecniche e organizzative per l'accesso ai dati, comprese le procedure di trasmissione; alla elaborazione di procedure di quantificazione e di notifica per agevolare il confronto dell'applicazione e la valutazione di uno strumento futuro. Sul possibile "impatto" di una revisione della disciplina giuridica *in subiecta materia*, che coinvolge anche Stati terzi, si veda il rapporto finale "*Research study into evidence of potential impacts of options for revising the Data Retention Directive*"commissionato dalla Direzione Generale Affari Interni (*Directorate-General Home Affairs - DG HOME*) in: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/police-cooperation/data-retention/docs/drd_task_2_report_final_en.pdf.
Sull' "emergenza terrorismo" ed il delicato bilanciamento fra "sicurezza nazionale" e tutela dei diritti fondamentali, vedi anche "*The right to privacy in the digital age*" - Report dell' *Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights*, A/HRC/27/37, 30 giugno 2014, in cui si evidenzia come spesso strumenti tecnologici destinati ai *digital communications surveillance programmes* trovino giustificazione proprio nella lotta al terrorismo. E' emblematica, proprio in questo contesto, l'esperienza dello Stato di Israele, che vive da 65 anni una c.d. "politica di perenne emergenza", la quale si è tradotta nell'adozione di strumenti straordinari destinati alla "sorveglianza segreta" attraverso intercettazioni e monitoraggi di dati personali, compresi quelli sensibili, non solo di sospetti terroristi, ma anche di una più ampia parte della popolazione civile. Nell'attuale società globalizzata, "dominata" e "dipendente" dalle nuove tecnologie sarebbe utopistico ritenere che una simile "attività preventiva" e di accertamento avvenga senza ricorrere agli stessi strumenti tecnologici. Una parte della dottrina ha ben evidenziato, con riferimento all'esperienza israeliana, il ruolo che dovrebbe avere il parlamento rispetto al potere esecutivo, nonché quello delle Corti Supreme, al fine di monitorare le misure da adottare, vagliare le motivazioni e i fini, la loro temporaneità e proporzionalità. Si veda, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, I. Marchi, *Quando l'emergenza non è più l'eccezione. L'esperienza dello Stato di Israele tra terrorismo e tutela dei diritti umani*, in *Ind. pen*., 2013, 705 – 736.

[9] Cfr. COM(2011) 225 definitivo, 23.

[10] U-I-65/13-16 (reperibile in inglese in http://www.us-rs.si/media/u-i-65-13.-.order.pdf). E' utile evidenziare che la Corte costituzionale slovena non ha escluso la propria competenza nel giudicare la legittimità costituzionale della legge di attuazione della direttiva, ma ha rilevato che la questione dipende dalla compatibilità della direttiva con gli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (corrispondenti agli artt. 37 e 38 della Costituzione slovena). Nel caso di specie, considerando che erano già pendenti, in relazione alla medesima direttiva, i due ricorsi sollevati in via pregiudiziale dalla *High Court* irlandese e dalla Corte costituzionale austriaca, essa ha ritenuto di dover sospendere il giudizio, in attesa della pronuncia della Corte europea. Questa vicenda ha dimostrato come il dialogo fra le Corti, nell'attuale sistema europeo multilivello, sia divenuto tanto complesso quanto raffinato ed avanzato, soprattutto in relazione a settori la cui regolamentazione è fortemente di ispirazione europea. Cfr. E. Kosta, *The Way to Luxemburg: National Court Decisions on the Compatibility of the Data Retention Directive with the Rights to Privacy and Data Protection*, in *SCRIPTed,* 10:3, 2013, 339 (http://script-ed.org/?p=1163)

[11] Vedi infra, 2.

[12] Cfr. ampiamente R. Flor, *Perspectiva para novos modelos de "investigação tecnológica" e proteção de direitos fundamentais na Era da Internet – O chamado "ciberterrrorismo" como um primordial exemplo, em conjunto a problemas de definição e a luta contra terrorismo e os crimes cibernéticos* in *Revista Brasileira De Ciências Criminais*, 99, 2012, 69-100, reperibile altresì in inglese, con integrazioni bibliografiche: R. Flor, *Perspective for new types of "technological investigation" and protection of fundamental rights in the Era of Internet. The so-called "cyberterrorism" as a prime example, between problems of definition and the fight against terrorism and cybercrime*, in *Delito, pena, politica criminal y tecnologìas de la informatiòn en las modernas ciencias penales*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2012, 51-76. Vedi anche R. Flor, *Brevi riflessioni a margine della sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla c.d. Online Durchsuchung* in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 3, 2009, 695-716. Più di recente, in particolare con riferimento alle c.d. "*Online Searches*", cfr. F. Iovene, *Le c.d. perquisizioni online tra nuovi diritti fondamentali ed esigenze di accertamento penale*, in *Dir. pen. cont.*, 22 luglio 2014.

[13] Si fa riferimento alle concrete iniziative europee. In questa sede basti il rinvio a:
http://ec.europa.eu/justice/data-protection/index_en.htm

2. I fatti all'origine dei procedimenti principali.

Nelle cause C-293/12 e C-594/12 la Corte ha dovuto affrontare la questione della validità della direttiva 2006/24/CE[14] (che modifica la direttiva 2002/58/CE) riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione, la quale prevede, in particolare, l'obbligo a carico ai fornitori di servizi nella società dell'informazione di raccogliere e conservare, per un periodo di tempo determinato, i dati generati o trattati nell'ambito delle comunicazioni telefoniche e telematiche effettuate dai cittadini europei per il perseguimento di gravi reati e ai soli fini di indagine.

In estrema sintesi, nella causa C-293/12, la ricorrente (*Digital Rights Ireland Ltd* - DRI), società volta alla promozione ed alla protezione dei diritti civili e dei diritti dell'uomo, in particolare nel contesto delle moderne tecnologie di comunicazione, ha presentato un ricorso contro due ministri del governo irlandese (*Minister for Communications, Marine and Natural Resources* e *Minister for Justice, Equality and Law Reform*), il comandante della polizia irlandese, l'Irlanda e l'*Attorney General* dello Stato irlandese, chiedendo l'annullamento dei provvedimenti in base ai quali i fornitori di servizi di telecomunicazioni erano tenuti a conservare i dati, ritenendoli incompatibili con la Costituzione irlandese e con il diritto dell'Unione e sollevando, perciò, la questione di legittimità della stessa direttiva 2006/24 rispetto alle previsioni della Carta e/o della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Nella causa C-594/12, il sig. Seitlinger ha presentato dinanzi al *Verfassungsgerichtshof* austriaco un ricorso simile, fondato sull'art. 140, par. 1, del *Bundes-Verfassungsgesetz* (B-VG), lamentando l'incostituzionalità dell'art. 102 *bis* del *Telekommunikationsgesetz* del 2003 (TKG), che prevede l'obbligo in capo ai fornitori di servizio di conservare dati di traffico telefonico e telematico.

3. Le questioni pregiudiziali.

La Corte di Giustizia ha dovuto valutare, in primo luogo, se la limitazione dei diritti dei ricorrenti derivante dalle disposizioni di cui agli artt. 3, 4 e 6 della direttiva 2006/24/CE che riguardano, rispettivamente, gli obblighi di conservazione dei dati, le regole di accesso ai dati ed i periodi di conservazione, fosse incompatibile con l'art. 5, par. 4, TUE in quanto non proporzionata, non necessaria o non adeguata per il perseguimento degli obiettivi legittimi, ossia per garantire la disponibilità dei dati di traffico telefonico e telematico a fini di indagine, accertamento e perseguimento di reati gravi e/o per garantire il corretto funzionamento del mercato interno dell'Unione europea.

Più precisamente la Corte ha dovuto affrontare le seguenti questioni:

- se la direttiva 2006/24/CE è compatibile con il diritto dei cittadini di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri sancito dall'art. 21 TFUE;
- se la direttiva 2006/24/CE è compatibile con il diritto al rispetto della vita privata sancito dall'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dall'art. 8 della

[14] La direttiva 2006/24 modifica, in realtà, in modo significativo la disciplina applicabile ai dati attinenti alle comunicazioni elettroniche risultante dalle direttive 95/46 e 2002/58, prevedendo che gli Stati membri introducano un obbligo di raccolta e conservazione dei dati di traffico e di ubicazione, che si inserisce nel quadro delle restrizioni al diritto alla protezione dei dati personali previste dagli artt. 13, par. 1, della direttiva 95/46 e 15, par. 1, della direttiva 2002/58. La direttiva 2006/24 ha, infatti, come primo obiettivo quello di armonizzare le normative nazionali che già impongono ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione obblighi di conservazione dei dati «a fini di indagine, accertamento e perseguimento di reati gravi, quali definiti da ciascuno Stato membro nella propria legislazione nazionale».

Convenzione europea dei diritti dell'uomo[15];

- se la direttiva 2006/24/CE è compatibile con il diritto alla protezione dei dati di carattere personale sancito all'art. 8 della Carta;

- se la direttiva 2006/24/CE è compatibile con il diritto alla libertà di espressione sancito dall'art. 11 della Carta e dall'art. 10 della CEDU;

- se la direttiva 2006/24/CE è compatibile con il diritto ad una buona amministrazione contemplato dall'art. 41 della Carta;

- in che misura i Trattati – in particolare il principio di leale collaborazione di cui all'art. 4, par. 3, TUE – impongono al giudice nazionale di esaminare e valutare la compatibilità delle misure statali volte a trasporre la direttiva 2006/24/CE con le garanzie previste dalla Carta, ivi compreso il suo art. 7.

Nella causa C-594/12 il *Verfassungsgerichtshof*, inoltre, ha sottoposto alla Corte un'ulteriore questione, relativa ai rapporti fra gli artt. 8 e 52 della Carta e, da un lato, la direttiva 95/46/CE sulla tutela dei dati personali e il regolamento CE n. 45/2001, concernente la tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni e degli organismi comunitari, nonché la libera circolazione di tali dati; dall'altro lato, i cambiamenti e le evoluzioni derivanti dalle norme successive di diritto derivato.

Infine, tenuto conto della clausola di corrispondenza di cui all'art. 52, par. 3, della Carta, i giudici austriaci hanno sollevato la necessità di valutare se e come la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa all'art. 8 CEDU possa fornire indicazioni interpretative rilevanti.

I giudici austriaci si sono interrogati, infine, anche sui rapporti che intercorrono tra l'art. 8 della Carta e le tradizioni costituzionali degli Stati membri in relazione all'art. 52, par. 4, della Carta.

4. La decisione della Corte di Giustizia.

La sentenza della Corte di Giustizia affronta, per la prima volta, la delicata questione concernente il bilanciamento fra le esigenze di repressione ed accertamento dei reati e la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, che possono essere fortemente limitati dagli obblighi di conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico nella società informazione.

La decisione risulta essere epocale ed ha un forte impatto non solo sul diritto dell'Unione, ma anche sugli ordinamenti nazionali e sulle attività investigative che si basano sull'acquisizione di dati e informazioni presso i *service providers*.

[15] Questa "corrispondenza" è già stata evidenziata dall'avvocato generale Pedro Cruz Villalón (lo stesso della causa in esame) nelle conclusioni presentate il 14 aprile 2011 relative alla causa C-70/10 (vedi infra, 5), in cui ha proposto la riformulazione della questione nei termini che seguono. Il giudice del rinvio aveva formulato la sua prima questione pregiudiziale quale interpretazione di varie disposizioni del diritto derivato dell'Unione «alla luce degli artt. 8 e 10 della CEDU». Ex art. 6, n. 3, TUE, «[i] diritti fondamentali, garantiti dalla [CEDU] (…) fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali». Anzitutto, il medesimo art. 6 TUE inizia precisando, al par. 1, co. 1, che la Carta «ha lo stesso valore giuridico dei trattati», come la Corte non ha mancato di sottolineare negli ultimi sviluppi della sua giurisprudenza. «Poiché i diritti, le libertà e i principi enunciati nella Carta hanno quindi, di per sé stessi, un valore giuridico, oltretutto di primo rango, il ricorso ai principi generali sopra menzionati non è più necessario, nei limiti in cui i primi possono identificarsi nei secondi». Questo è stato dunque un primo elemento a favore dell'esame della questione alla luce delle disposizioni della Carta, piuttosto che con riferimento a quelle della CEDU. Inoltre, l'art. 52, par. 3, della Carta prevede che «[l]addove [essa] contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla [CEDU], il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione», restando inteso che «[tale] disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa». Orbene, secondo l'avvocato generale «nelle circostanze della causa principale, i diritti garantiti dall'art. 8 CEDU corrispondono, ai sensi dell'art. 52, par. 3, della Carta, a quelli garantiti dagli artt. 7 (Rispetto della vita privata e della vita familiare) e 8 (Protezione dei dati di carattere personale) della Carta, così come i diritti garantiti dall'art. 10 CEDU corrispondono a quelli garantiti dall'art. 11 della Carta (Libertà di espressione e d'informazione), nonostante le differenze relative, rispettivamente, alle formulazioni impiegate e alle nozioni utilizzate». L'avvocato generale ha pertanto proposto di modificare la questione del giudice del rinvio sostituendo il riferimento agli artt. 8 e 10 CEDU con quello agli artt. 7, 8 e 11 della Carta, in combinato con l'art. 52, n. 1, della stessa, come interpretati, ove necessario, alla luce degli artt. 8 e 10 CEDU. Cfr. R. Flor, *Lotta alla "criminalità informatica" e tutela di "tradizionali" e "nuovi" diritti fondamentali nell'era di Internet*, *in Dir. pen. cont.*, 20 settembre 2012

4.1. *La compatibilità della direttiva 2006/24 con gli artt. 7, 8 e 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.*

Le disposizioni della direttiva ritenute contrarie ai diritti fondamentali del rispetto della vita privata e della vita familiare, della protezione dei dati di carattere personale e della libertà di espressione e di informazione sono quelle previste in deroga agli artt. 5, 6 e 9 della direttiva 2002/58/CE, relative in particolare all'obbligo di conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico (art. 3)[16], alle procedure e alle garanzie inerenti all'accesso ai dati (art. 4)[17] – che avrebbero dovuto essere definite da ogni Stato membro nel pieno rispetto delle previsioni della CEDU, secondo l'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo – nonché alle stesse categorie di dati da conservare (art. 5)[18].

La Corte ha rilevato che il trattamento di tali dati, compresa la loro archiviazione, consente di trarre precise conclusioni sulla vita privata dei cittadini europei, sulle loro abitudini giornaliere, sui luoghi di residenza permanente o temporanea, sui loro movimenti e le loro attività, così come sulle loro relazioni sociali.

Pertanto, la c.d. *data retention* invade direttamente e specificatamente i diritti garantiti dall'art. 7 della Carta, mentre il trattamento di tali dati comprime i diritti previsti dall'art. 8 della Carta, non rispettando i requisiti di tale ultima disposizione, considerando la giurisprudenza della stessa Corte di Giustizia (vedi C-92/09 e C-93/09).

Inoltre, anche se la direttiva non consente di archiviare i dati relativi ai contenuti delle comunicazioni, le sue previsioni hanno comunque un effetto sul possibile utilizzo dei mezzi di comunicazione da parte degli utenti e sull'esercizio della loro libertà di espressione (ex art. 11 della Carta), nonché permettono un possibile controllo *ex post* delle attività personali e professionali dei cittadini europei che, seppur esercitato soltanto a posteriori in occasione dell'impiego delle informazioni, minaccia in modo permanente, e per tutto il periodo della loro conservazione, il diritto alla riservatezza.

La Corte ha evidenziato che la verifica dell'esistenza di una interferenza rispetto al diritto alla riservatezza non coinvolge necessariamente le questioni relative alla natura del dato (sensibile o meno) o al fatto che la persona coinvolta sia o meno disturbata dal trattamento delle informazioni (vedi C-465/00, C-138/01, C-139/01). In altri termini il solo obbligo, in capo al *provider*, di conservare i dati per un periodo di tempo definito, nonché la previsione della possibilità di accesso a tali dati da parte delle autorità nazionali, costituiscono di per sé una interferenza nei diritti fondamentali garantiti dall'art. 7 della Carta e dall'art. 8 CEDU.

[16] «In deroga agli art. 5, 6 e 9 della direttiva 2002/58/CE, gli Stati membri adottano misure per garantire che i dati di cui all'art. 5 della presente direttiva, qualora siano generati o trattati nel quadro della fornitura dei servizi di comunicazione interessati, da fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di una rete pubblica di comunicazione nell'ambito della loro giurisdizione, siano conservati conformemente alle disposizioni della presente direttiva. 2. L'obbligo di conservazione stabilito dal par. 1 comprende la conservazione dei dati specificati all'art. 5 relativi ai tentativi di chiamata non riusciti dove tali dati vengono generati o trattati e immagazzinati (per quanto riguarda i dati telefonici) oppure trasmessi (per quanto riguarda i dati Internet) da parte dei fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico oppure di una rete pubblica di comunicazione nell'ambito della giurisdizione dello Stato membro interessato nel processo di fornire i servizi di comunicazione interessati». La direttiva non richiede la conservazione dei dati per quanto riguarda le chiamate non collegate.

[17] «Gli Stati membri adottano misure per garantire che i dati conservati ai sensi della presente direttiva siano trasmessi solo alle autorità nazionali competenti, in casi specifici e conformemente alle normative nazionali. Le procedure da seguire e le condizioni da rispettare per avere accesso ai dati conservati in conformità dei criteri di necessità e di proporzionalità sono definite da ogni Stato membro nella legislazione nazionale, con riserva delle disposizioni in materia del diritto dell'Unione europea o del diritto pubblico internazionale e in particolare della CEDU, secondo l'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo».

[18] A titolo esemplificativo si pensi ai dati necessari per rintracciare e identificare la fonte di una comunicazione (numero telefonico chiamante, nome e indirizzo dell'abbonato o dell'utente registrato), per l'accesso Internet, posta elettronica e telefonia via Internet, per rintracciare e identificare la destinazione di una comunicazione, per determinare la data, l'ora e la durata di una comunicazione (che comprendono, ad esempio, anche data e ora del *log-in* e del *log-off* del servizio di accesso Internet sulla base di un determinato fuso orario, unitamente all'indirizzo IP, dinamico o statico, assegnato dal fornitore di accesso a una comunicazione e l'identificativo dell'abbonato o dell'utente registrato), per determinare il tipo di comunicazione o il servizio Internet utilizzato, per identificare l'ubicazione geografica delle cellule facendo riferimento alle loro etichette di ubicazione (*Cell ID*) nel periodo in cui vengono conservati i dati delle comunicazioni.

4.2. *L'applicazione del principio di proporzionalità per la tutela del nucleo essenziale dei diritti fondamentali coinvolti.*

Ex art. 52, par. 1, della Carta, eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà da essa riconosciuti devono essere previste dalla legge e non pregiudicare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

La questione riguarda, dunque, la verifica relativa, da un lato, all'esistenza di una finalità di interesse generale o all'esigenza di tutelare le libertà e i diritti altrui e, dall'altro lato, al rispetto del nucleo essenziale dei diritti fondamentali in gioco.

E' vero che la direttiva non si applica al contenuto delle comunicazioni elettroniche, ivi incluse le informazioni consultate utilizzando una rete di comunicazioni elettroniche.

E' altresì vero che l'art. 7 della direttiva dispone che ogni Stato membro avrebbe dovuto provvedere affinché i fornitori di servizi adottassero alcuni principi di sicurezza, ivi comprese misure tecniche e organizzative dirette ad evitare la cancellazione non solo accidentale, ma anche illecita dei dati, la loro alterazione non autorizzata o l'accesso illegale alle informazioni, nonché a garantire che essi vengano distrutti alla fine del periodo di conservazione, fatta eccezione per quelli consultati e conservati.

Sul piano dell'esistenza di un interesse generale riconosciuto dall'Unione, la Corte ha rilevato che la direttiva contribuisce alla lotta contro gravi crimini e, dunque, a tutelare la pubblica sicurezza. Essa, infatti, si propone l'obiettivo di armonizzare le disposizioni degli Stati membri relative agli obblighi, per i fornitori di servizi, di conservazione di determinati dati da essi generati o trattati, allo scopo di garantirne la disponibilità a fini di indagine, accertamento e perseguimento di reati gravi, quali definiti da ciascuno Stato membro nella propria legislazione nazionale.

Lo stesso art. 6 della Carta sancisce i diritti fondamentali alla libertà ed alla "sicurezza", che possono essere minacciati da fenomeni criminali gravi, come il terrorismo internazionale o la criminalità organizzata[19].

Risulta pertanto incontestabile, secondo la Corte, che sussista un oggettivo interesse generale dell'Unione.

Il principio di proprozionalità richiede, però, che le iniziative delle istituzioni europee siano appropriate al fine di raggiungere i legittimi obiettivi, perseguiti attraverso la disciplina giuridica in esame, purché, utilizzando le parole dei Giudici, non superino i limiti «di quanto è appropriato e necessario» per raggiungere quegli obiettivi.

Le scelte discrezionali del legislatore europeo, pertanto, possono essere limitate, in quanto dipendenti da una serie di fattori, compresi quelli relativi alla natura dei diritti fondamentali in gioco, a natura, grado e gravità dell'interferenza ed agli obiettivi da raggiungere attraverso quest'ultima.

In altri termini la Corte ha dovuto valutare l'importante ruolo attribuito alla tutela dei dati personali rispetto all'estensione della grave intrusione causata dalle disposizioni della direttiva 2006/24 e, in particolare, dagli obblighi di conservazione dei dati.

La Corte ha ammesso che le tecnologie informatiche e i mezzi di comunicazione elettronica possono essere estremamente utili nell'ambito delle attività di indagine, permettendo alle autorità nazionali di avere maggiori opportunità nella lotta alla criminalità grave. In questo senso gli obblighi di conservazione dei dati dovrebbero essere considerati appropriati al raggiungimento degli obiettivi perseguiti dalla direttiva europea.

La Corte, però, ha anche evidenziato che il rispetto della vita privata richiede che le deroghe e i limiti relativi alla protezione dei dati personali devono essere applicati solo ed esclusivamente in casi di stretta necessità.

Anche se la lotta contro gravi crimini risulta essere essenziale per assicurare la sicurezza pubblica, e la sua efficacia può dipendere da un largo uso di moderne tecniche investigative, la "necessità" di archiviare i dati di traffico per il raggiungimento di un "interesse generale", anche

[19] E' la stessa Corte che richiama le esigenze di contrasto a questi fenomeni criminali gravi, facendo riferimento al diritto alla "sicurezza", inteso quale «mantenimento della pace» e «sicurezza pubblica».

se di tale portata, non è di per sé giustificata.

Il legislatore europeo avrebbe dovuto imporre chiare e precise regole relative all'applicazione della *data retention*, prevedendo, secondo i Giudici, standard minimi di garanzia per assicurare al cittadino europeo, o alla persona i cui dati sono archiviati, una effettiva protezione contro i rischi di abusi o di accesso illegale alle informazioni, soprattutto in casi come quello in esame, in cui il trattamento dei dati avviene in modo automatizzato ed è intrinsecamente "pericoloso"[20].

Sulla stretta necessità della forte limitazione dei diritti fondamentali portata dalla direttiva, dunque, la Corte è giunta alle seguenti conclusioni.

I. La direttiva richiede l'applicazione della *data retention* a tutti i dati di traffico connessi a qualsiasi mezzo comunicativo che viene utilizzato oggi da tutti in ogni attività giornaliera. Gli stessi obblighi di archiviazione riguardano i dati di ogni utente registrato. Pertanto essa si applica, in modo generalizzato, a tutti gli utenti e a tutti i mezzi di comunicazione elettronica, così come a tutte le modalità di traffico di dati (via telefono, Internet, e-mail ecc.) senza differenziazioni, limiti o eccezioni rispetto all'obiettivo di contrastare la criminalità grave. Inoltre, tale archiviazione ha ad oggetto dati di persone che, nemmeno indirettamente, si trovano nella situazione di dare adito a procedimenti penali o di essere collegate, anche solo in modo remoto, a reati gravi, anche in situazioni in cui non sussistono prove che la loro condotta possa in qualche modo far sospettare un loro coinvolgimento. Inoltre essa non prevede alcuna eccezione, con la conseguenza che si trova ad essere applicata anche alle persone le cui comunicazioni sono soggette, in base alle norme di diritto nazionale, all'obbligo del segreto professionale.

II. La direttiva non prevede alcun rapporto tra i dati oggetto dell'obbligo di conservazione e una minaccia per la sicurezza pubblica. In particolare, tale obbligo non è limitato a: a) dati relativi a un determinato periodo di tempo e/o una particolare zona geografica e/o ad un cerchio di persone che possono essere coinvolte, in un modo o nell'altro, in un crimine grave; b) a persone che potrebbero, per altri motivi, contribuire, grazie alla conservazione dei loro dati, alla prevenzione, accertamento e perseguimento di reati gravi.

III. La direttiva non prevede alcun limite oggettivo, sostanziale o procedurale[21], per l'accesso ai dati da parte delle competenti autorità nazionali e per il successivo utilizzo a fini di prevenzione, accertamento [o nell'ambito di procedimenti penali] riguardanti reati che, in considerazione della portata e della invasività della interferenza con i diritti fondamentali di cui agli artt. 7 e 8 della Carta, siano di una gravità tale da giustificare una limitazione a questi diritti. Al contrario, la direttiva fa riferimento in modo generale, ex art. 1, par. 1, a «reati gravi» come «definiti dagli Stati membri», e non prevede che l'accesso ai dati avvenga dopo l'esame di un giudice o di una autorità amministrativa indipendente, la cui decisione possa, a seguito di una richiesta motivata presentata nel quadro delle procedure di prevenzione o accertamento di gravi reati, o nell'ambito di procedimenti penali, limitare l'accesso ai dati e il loro utilizzo a quanto è strettamente necessario ai fini del raggiungimento dell'obiettivo perseguito. Non si rinviene per gli Stati, peraltro, nessuno specifico obbligo di prevedere tali limiti.

IV. Per quanto riguarda il periodo di archiviazione dei dati, la direttiva fa riferimento ad un lasso di tempo minimo (6 mesi) e massimo (24 mesi) senza distinguere le categorie di dati e la loro possibile utilità per il raggiungimento degli obiettivi perseguiti, ovvero in accordo con le persone coinvolte. Inoltre, il "periodo finestra" non è basato su criteri oggettivi al fine di assicurare che sia limitato alla stretta necessità. Ne consegue che l'interferenza con i diritti fondamentali in esame avviene senza limiti o regole precise.

V. Con riferimento alla sicurezza ed alla protezione dei dati oggetto dell'obbligo di archiviazione, la direttiva non prevede misure di garanzia sufficienti – come richieste, invece, dagli artt. 7 e 8 della Carta – in specie contro il rischio di abusi, accesso illegale o uso non autorizzato, nonché in relazione alla molteplicità e diversità di dati che devono essere archiviati, alla natura dei medesimi ed ai rischi connessi alla loro integrità, confidenzialità e genuinità. La direttiva, inoltre, non prevede l'obbligo per gli Stati membri di disciplinare elevati standard di sicurezza, permettendo in tal modo ai *providers* di poter seguire criteri di mera economicità

[20] Si consideri che anche il nostro d.lgs n. 196/2003 (Codice Privacy) all'art. 15 (Danni cagionati per effetto del trattamento), prevede che «chiunque cagioni danno ad altri per effetto del trattamento di dati personali è tenuto al risarcimento ai sensi dell'art. 2050 c.c.» (che riguarda proprio la responsabilità per l'esercizio di attività pericolose).

[21] L'art. 4 della direttiva, infatti, lascia agli Stati membri il compito di definire le regole procedurali da seguire e i requisiti sostanziali per garantire l'accesso e la comunicazione dei dati.

per assicurare la protezione delle informazioni[22]. Infine, la direttiva non richiede che i dati in questione debbano essere conservati all'interno dell'Unione europea, con la conseguenza che non è possibile ritenere che il controllo, espressamente richiesto dall'art. 8, par. 3 della Carta, da parte di un'autorità indipendente in conformità con le esigenze di tutela e sicurezza dei dati, possa essere pienamente garantito[23].

Per tutte queste ragioni la Corte ha invalidato la direttiva 2006/24, in quanto non compatibile con i limiti imposti dal rispetto del principio di proporzionalità, alla luce degli artt. 7, 8 e 52, par. 1, della Carta.

5. Conclusioni necessariamente provvisorie e questioni aperte.

Non è certo la prima volta che la Corte di Giustizia ha dovuto affrontare la delicata questione relativa al bilanciamento fra le diverse esigenze, da un lato, di tutela dei diritti fondamentali e, dall'altro, di perseguimento e prevenzione di attività illecite e di reati.

In almeno due precedenti recenti[24] la Corte ha valorizzato, in particolare, i diritti fondamentali tutelati dagli artt. 8 e 11 della Carta, oltre alla libertà di impresa (ex art. 16 della Carta) per garantire la loro prevalenza nel bilanciamento con le esigenze di tutela della proprietà intellettuale in Internet, le cui violazioni costituiscono, in molti Stati, un illecito penale[25].

Cercando di sintetizzare, in entrambi i casi essa ha affermato che l'ingiunzione diretta, da parte di un giudice nazionale ad un *service provider,* di adottare sistemi di filtro per impedire agli utenti di utilizzare sistemi di *file sharing* in violazione delle norme in materia di diritto d'autore, comprime in modo sproporzionato tali diritti.

Le ragioni di queste decisioni si fondano sul fatto che un sistema di filtro adottato da un fornitore di servizi presuppone l'identificazione degli utenti e, nell'ambito delle comunicazioni elettroniche, i *file* che appartengono al traffico *peer-to-peer* e i *file* che contengono opere sulle quali i titolari dei diritti di proprietà intellettuale affermino di vantare diritti. Tale sistema è in grado di determinare, dunque, quali tra questi *file* sono scambiati in modo illecito, procedendo al blocco delle relative condivisioni. Questo tipo di sorveglianza attiva e preventiva, senza limiti di tempo e a totale carico, sul piano economico, del prestatore di servizi, richiederebbe un'osservazione attiva sulla totalità delle comunicazioni elettroniche e, indistintamente, degli utenti che si avvalgono del servizio. In questi casi, dunque, la Corte ha bene evidenziato che non può desumersi che la tutela del diritto di proprietà intellettuale, sebbene sia sancita dall'art. 17, par. 2, della Carta, sia intangibile e assoluta, rispetto alla tutela di altri diritti fondamentali, come quelli previsti dagli artt. 8, 11 e 16 della Carta.

In una più recente pronuncia[26], invece, la Corte ha ritenuto che i diritti fondamentali riconosciuti dal diritto dell'Unione devono essere interpretati nel senso che non ostano a che sia vietato, con un'ingiunzione pronunciata da un giudice ad un fornitore di accesso ad Internet, di concedere ai suoi abbonati l'accesso ad un sito Internet che metta in rete materiali protetti

[22] Il c.d. "criterio di economicità" era già stato evidenziato, in senso critico, dalla Corte costituzionale tedesca nella citata sentenza del 2 marzo 2010 sulla *data retention* (1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08, 1 BvR 586/08), *on-line* in http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20100302_1bvr025608.html Per un primo commento in italiano si consenta il rinvio a R. Flor, *Investigazioni ad alto contenuto tecnologico e tutela dei diritti fondamentali della persona nella recente giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht: la decisione del 27 febbraio 2008 sulla Online Durchsuchung e la sua portata alla luce della sentenza del 2 marzo 2010 sul* data retention, in *Ciberspazio e diritto*, 11, 2 , 2010 , 359-392.

[23] La Corte ha aderito alle conclusioni dell'avvocato generale Pedro Cruz Villalón presentate il 12 dicembre 2013, secondo il quale la direttiva 2006/24 impone agli Stati membri di provvedere affinché i dati siano conservati in conformità ad essa. Egli ha comunque osservato che ciò è richiesto solo per permettere che tali dati e ogni altra informazione necessaria ad essi collegata «possano essere trasmessi immediatamente alle autorità competenti su loro richiesta». La direttiva lascia liberi gli Stati di disciplinare le misure di protezione e sicurezza dei dati conservati, tenendo presente che l'utente non è informato in relazione al trattamento di tali dati. La carenza di informazione può, dunque, indurre i cittadini europei, secondo i giudici, alla convinzione che la loro vita sia costantemente sorvegliata.

[24] Corte di Giustizia dell'Unione europea, 24 novembre 2011 (C-70/10) e 16 febbraio 2012 (C -360/10).

[25] Si consenta di rinviare a R. Flor, *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di Internet*, Padova, 2010 che, con riferimento a fenomeni criminali che trovano in Internet un mezzo formidabile per la loro commissione, oppure l'ambiente ideale di manisfestazione, riporta la disciplina penale di alcuni paesi (in particolare Italia, Germania, Francia, Spagna, Regno Unito, Svezia e Stati Uniti d'America). Con riferimento alle cause C-70/10 e C-360/10 vedi l'art. 87, n. 1, primo e secondo comma, della legge belga 30 giugno 1994 (*Belgisch Staatsblad,* [27] luglio 1994), sul diritto d'autore e sui diritti connessi, il quale prevede quanto segue: «Il presidente del *tribunal de première instance* (…) consta[ta] l'esistenza e [ordina] la cessazione di qualsiasi violazione del diritto d'autore o di un diritto connesso. [Può] altresì emanare un provvedimento inibitorio contro intermediari i cui servizi siano utilizzati da un terzo per violare il diritto d'autore o un diritto connesso».

[26] Corte di Giustizia dell'Unione europea, 27 marzo 2014 (C-314/12).

senza il consenso dei titolari dei diritti, qualora tale ingiunzione non specifichi quali misure il fornitore d'accesso deve adottare e quest'ultimo possa evitare sanzioni per la violazione di tale ingiunzione dimostrando di avere adottato tutte le misure ragionevoli. A condizione, tuttavia, che da un lato, le misure adottate privino inutilmente gli utenti di Internet della possibilità di accedere in modo lecito alle informazioni disponibili e, dall'altro, che tali misure abbiano l'effetto di impedire o, almeno, di rendere difficilmente realizzabili le consultazioni non autorizzate dei materiali protetti e di scoraggiare seriamente gli utenti di Internet che ricorrono ai servizi del destinatario di questa stessa ingiunzione dal consultare tali materiali messi a loro disposizione in violazione del diritto di proprietà intellettuale, circostanza che spetta alle autorità e ai giudici nazionali verificare.

Pur trattandosi di questioni pregiudiziali sull'interpretazione delle direttive 2000/31/CE sul commercio elettronico, 2001/29/CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, 2004/48/CE sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, 95/46/CE sul trattamento dei dati personali e 2002/58/CE relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche, esse hanno, di fatto, posto in discussione l'uso di taluni mezzi tecnologici "invasivi" rispetto alla tutela dei diritti fondamentali, ferma restando la validità degli atti europei[27].Con la sentenza sulla c.d. *data retention,* invece, la Corte di Giustizia ha invalidato la direttiva 2006/24, aprendo nuovi scenari sia a livello europeo che a livello nazionale.

Il dato positivo risiede nel fatto che la Corte ha indicato al legislatore europeo, soprattutto in un momento di riflessione sulla riforma della disciplina in materia di tutela della riservatezza e dei dati personali, la strada da percorrere per garantire i diritti fondamentali dell'individuo, senza necessariamente, in verità, dover totalmente rinunciare agli strumenti tecnologici indispensabili per la prevenzione e la repressione di gravi reati[28].

L'aspetto negativo, invece, risiede nel fatto che molti paesi europei, compresa l'Italia, si trovano a dover affrontare immediatamente la delicata questione relativa alla "validità" delle rispettive norme nazionali di attuazione della direttiva, sulla base delle quali vengono svolte importanti attività investigative per l'accertamento e la prevenzione dei reati.

Lo scenario attuale è aggravato dalla disomogeneità delle singole previsioni statali con

[27] E' degna di nota una recente sentenza della Corte di Giustizia (13 maggio 2014, C-131/12), la quale ha affermato la prevalenza dei diritti tutelati dagli artt. 7 e 8 della Carta, in determinate condizioni, rispetto alla libertà di espressione e agli interessi economici dei *providers,* rafforzando in questo modo la posizione giuridica della persona interessata, benchè non fosse pacifico poter ricavare dalle norme della direttiva, intepretate alla luce delle disposizioni dalla Carta, un diritto "generalizzato" all'oblio (vedi, in questo senso, le conclusioni dell'Avvocato Generale Niilo Jääskinen presentate il 25 giugno 2013). Il Giudice nazionale ha chiesto, in sostanza, se i diritti dell'interessato alla rettifica, alla cancellazione, al congelamento dei dati e all'opposizione al trattamento, previsti, dagli artt. 12, lett. b), e 14, lett. a) della direttiva 95/46 possano corrispondere ad un vero e proprio "diritto all'oblio". In questa sede è opportuno, seppure brevemente, riportare il fatto. Il 5 marzo 2010, il sig. Costeja González, cittadino spagnolo, ha presentato dinanzi all' *Agencia Española de Protección de Datos* un reclamo contro il quotidiano *La Vanguardia Ediciones SL* e contro Google Spain e Google Inc., in quanto gli utenti di Internet, introducendo il suo nome in «Google Search», ottenevano dei *link* verso due pagine del quotidiano pubblicate nel 1998, sulle quali figurava un annuncio di rilevanza giudiziaria. Egli chiedeva, quindi, che fosse ordinato al quotidiano di sopprimere o modificare tali pagine, oppure di ricorrere a taluni strumenti forniti dai motori di ricerca per proteggere i dati, ordinando altresì a Google Spain o a Google Inc. di eliminare o di occultare le informazioni personali, in modo che cessassero di comparire tra i risultati di ricerca. Il reclamo è stato accolto parzialmente. L'AEPD, infatti, ha ordinato ai soli gestori del motore di ricerca di rimuovere i dati e di provvedere ad impedire l'accesso alle informazioni. Essa ha ritenuto, da un lato, che la grave ingerenza nei diritti fondamentali tutelati dagli artt. 7 e 8 della Carta non può essere giustificata dal semplice interesse economico del fornitore del servizio. Dall'altro lato, però, poiché la soppressione di *link* dall'elenco dei risultati potrebbe, a seconda della natura e del tipo di informazione, avere ripercussioni sul legittimo interesse degli utenti ad avere accesso a quest'ultima, occorrerebbe ricercare un "giusto equilibrio" fra i diritti fondamentali coinvolti. In estrema sintesi la Corte, nella causa avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall'*Audiencia Nacional* (Spagna), con decisione del 27 febbraio 2012, nel procedimento Google Spain SL, Google Inc. contro l'AEPD e il sig. Mario Costeja González, ha affermato che l'autorità di controllo o l'autorità giudiziaria, all'esito della valutazione dei presupposti di applicazione degli artt. 12, lett. b), e 14, co. 1, lett. a), della direttiva 95/46, possono ordinare al gestore del servizio (Google) di cancellare, dall'elenco di risultati che appare a seguito di una ricerca, i *link* verso pagine *web* pubblicate da terzi e contenenti informazioni relative a una persona. Il fornitore del servizio è obbligato, inoltre, a sopprimere gli stessi *link* anche nel caso in cui il nome o le informazioni non vengano previamente o simultaneamente cancellati dalle pagine *web* del quotidiano, eventualmente anche quando la loro pubblicazione sia di per sé lecita. Sulla base dell'interpretazione di tali prescrizioni, dettate dall'art. 6, co. 1, lett. da c) a e), direttiva 95/46, un trattamento di dati inizialmente lecito potrebbe divenire, con il tempo, incompatibile con la direttiva, qualora tali dati non siano più necessari in rapporto alle finalità per le quali sono stati raccolti o trattati. Tale situazione si configura in particolare nel caso in cui i dati risultino inadeguati, non siano più pertinenti, ovvero siano eccessivi in rapporto alle finalità e al medesimo tempo trascorso. E'agevole notare che, secondo la Corte, i diritti fondamentali di cui agli artt. 7 e 8 della Carta prevalgono, in linea di principio, non soltanto sull'interesse economico del gestore del motore di ricerca, ma anche sull'interesse del pubblico degli utenti a trovare l'informazione in occasione di una ricerca *online* relativa ad una persona determinata. Ferme restando, secondo i Giudici, le eccezioni legate, ad esempio, al ruolo ricoperto da tale persona nella vita pubblica, che potrebbe giustificare la prevalenza dell'interesse degli utenti ad avere accesso all'informazione. Per quanto riguarda la situazione italiana *in subiecta materia* basti il rinvio al recente provvedimento del Garante Privacy, 10 luglio 2014, n. 353.

[28] Vedi supra, 4.2., punti I-V.

riferimento sia al periodo di archiviazione dei dati, sia alla disciplina procedurale da seguire per l'accesso alle informazioni e per il loro successivo utilizzo, sia all'autorità competente ad effettuare tali operazioni[29].

Nel nostro ordinamento, ad esempio, l'art. 132 d.lgs. n. 196 del 2003 prevede che i dati relativi al traffico telefonico siano conservati dal fornitore per ventiquattro mesi dalla data della comunicazione, per finalità di accertamento e repressione dei reati, mentre, per le medesime finalità, i dati relativi al traffico telematico, esclusi comunque i contenuti delle comunicazioni, siano conservati dal fornitore per dodici mesi dalla data della comunicazione.

Entro tali termini i dati sono acquisiti presso il fornitore con decreto motivato del pubblico ministero anche su istanza del difensore dell'imputato, della persona sottoposta alle indagini, della persona offesa e delle altre parti private. Il difensore dell'imputato o della persona sottoposta alle indagini può richiedere, direttamente al fornitore, i dati relativi alle utenze intestate al proprio assistito con le modalità indicate dall'art. 391-*quater* c.p.p., ferme restando le condizioni di cui all'art. 8, co. 2, lett. f), per il traffico entrante.

Tralasciando le disposizioni relative allo svolgimento delle investigazioni preventive previste dall'art. 226 delle norme di cui al d.lgs. n. 271 del 1989, ovvero per finalità di accertamento e repressione di specifici reati[30], il Codice Privacy prevede, ex art. **132**-*bis,* **che i** fornitori istituiscano procedure interne per rispondere alle richieste effettuate in conformità alle disposizioni che disciplinano forme di accesso ai dati personali degli utenti[31].

Ad una prima lettura è agevole notare che, nell'ambito dello spazio discrezionale lasciato dalla direttiva ai legislatori nazionali, il legislatore italiano abbia optato, in primo luogo, per la

[29] Vedi ad esempio, COM(2011) 225 definitivo, 10, tab. 2, relativa all'accesso ai dati (procedure e condizioni), secondo cui quattordici Stati membri elencano tra le autorità competenti i servizi di sicurezza o di intelligence o le forze militari, sei Stati membri le autorità fiscali e/o doganali e tre Stati membri le autorità di frontiera. Uno Stato membro consente ad altre autorità pubbliche di consultare i dati, previa autorizzazione per finalità specifiche previste dalla legislazione secondaria. In undici Stati membri è necessaria l'autorizzazione giudiziaria per ogni richiesta di accesso ai dati conservati. In tre Stati membri l'autorizzazione giudiziaria è necessaria nella maggior parte dei casi. Quattro altri Stati membri richiedono l'autorizzazione di un'autorità di alto livello, ma non di un giudice. In due Stati membri l'unica condizione prevista sembra essere la necessità di presentare la richiesta per iscritto. Sui periodi di conservazione quindici Stati membri specificano un solo periodo per tutte le categorie di dati. uno Stato membro (Polonia) indica un periodo di conservazione di due anni, uno indica 1,5 anni (Lettonia), dieci indicano un anno (Bulgaria, Danimarca, Estonia, Grecia, Spagna, Francia, Paesi Bassi, Portogallo, Finlandia, Regno Unito) e tre indicano sei mesi (Cipro, Lussemburgo, Lituania). Cinque Stati membri hanno definito periodi di conservazione diversi per le varie categorie di dati: due Stati membri (Irlanda, Italia) indicano due anni per i dati relativi alla telefonia fissa e mobile e 1 anno per i dati relativi all'accesso Internet, alla posta elettronica su Internet e alla telefonia via Internet; uno Stato membro (Slovenia) indica 14 mesi per i dati relativi alla telefonia e otto mesi per i dati relativi a Internet; uno Stato membro (Slovacchia) indica un anno per la telefonia fissa e mobile e sei mesi per i dati relativi a Internet; uno Stato membro (Malta) indica un anno per i dati relativi alla telefonia fissa, mobile e via Internet e sei mesi per l'accesso Internet e la posta elettronica su Internet. Uno Stato membro (Ungheria) conserva tutti i dati per un anno, eccetto i dati sui tentativi di chiamata non riusciti, che sono conservati per sei mesi. Uno Stato membro (Belgio) non ha previsto un periodo di conservazione specifico per le categorie di dati stabilite dalla direttiva. Vedi COM(2011) 225 definitivo, 15, tab. 3.

[30] In questo ambito si consideri che il co. 4-*ter* della stessa disposizione prevede: «il Ministro dell'interno o, su sua delega, i responsabili degli uffici centrali specialistici in materia informatica o telematica della Polizia di Stato, dell'Arma dei carabinieri e del Corpo della guardia di finanza, nonché gli altri soggetti indicati nel co. 1 dell'art. 226 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, possono ordinare, anche in relazione alle eventuali richieste avanzate da autorità investigative straniere, ai fornitori e agli operatori di servizi informatici o telematici di conservare e proteggere, secondo le modalità indicate e per un periodo non superiore a novanta giorni, i dati relativi al traffico telematico, esclusi comunque i contenuti delle comunicazioni, ai fini dello svolgimento delle investigazioni preventive previste dal citato art. 226 delle norme di cui al decreto legislativo n. 271 del 1989, ovvero per finalità di accertamento e repressione di specifici reati. Il provvedimento, prorogabile, per motivate esigenze, per una durata complessiva non superiore a sei mesi, può prevedere particolari modalità di custodia dei dati e l'eventuale indisponibilità dei dati stessi da parte dei fornitori e degli operatori di servizi informatici o telematici ovvero di terzi». Il successivo co. 4-*quater* dispone, invece: «Il fornitore o l'operatore di servizi informatici o telematici cui è rivolto l'ordine previsto dal comma 4-*ter* deve ottemperarvi senza ritardo, fornendo immediatamente all'autorità richiedente l'assicurazione dell'adempimento. Il fornitore o l'operatore di servizi informatici o telematici è tenuto a mantenere il segreto relativamente all'ordine ricevuto e alle attività conseguentemente svolte per il periodo indicato dall'autorità. In caso di violazione dell'obbligo si applicano, salvo che il fatto costituisca più grave reato, le disposizioni dell'art. 326 c.p.» I provvedimenti adottati ai sensi del comma 4-*ter* sono comunicati per iscritto, senza ritardo e comunque entro quarantotto ore dalla notifica al destinatario, al pubblico ministero del luogo di esecuzione il quale, se ne ricorrono i presupposti, li convalida. In caso di mancata convalida, i provvedimenti assunti perdono efficacia.

[31] Per completezza è opportuno evidenziare che l'inosservanza dell'obbligo di conservazione dati comporta l'applicazione di una sanzione amministrativa in capo al fornitore dei servizi. L'art. 162-*bis* (Sanzioni in materia di conservazione dei dati di traffico) Codice Privacy prevede, infatti, quanto segue: «salvo che il fatto costituisca reato e salvo quanto previsto dall'art. 5, co. 2, del decreto legislativo di recepimento della direttiva 2006/24/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 marzo 2006, nel caso di violazione delle disposizioni di cui all'art. 132, co. 1 e 1-*bis*, si applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 euro a 50.000 euro». Il citato art. 5, co. 2, invece, dispone: «salvo che il fatto costituisca reato, l'omessa o l'incompleta conservazione dei dati ai sensi dell'art. 132, co. 1 e 1-*bis*, del Codice, è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 10.000 ad euro 50.000, che può essere aumentata fino al triplo in ragione delle condizioni economiche dei responsabili della violazione. Nel caso di assegnazione di indirizzo IP che non consente l'identificazione univoca dell'utente o abbonato si applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 euro a 50.000 euro, che può essere aumentata fino al triplo in ragione delle condizioni economiche dei responsabili della violazione. Le violazioni sono contestate e le sanzioni sono applicate dal Ministero dello sviluppo economico».

previsione di un obbligo generale valido per l'accertamento e la repressione dei "reati", senza individuare categorie specifiche di fattispecie penali che devono ritenersi "gravi".

In secondo luogo, non sono previsti obblighi particolari di sicurezza nel trattamento e nell'archiviazione dei dati che possano corrispondere ad "elevati standard" in considerazione dello sviluppo tecnologico o di *best practices* riconosciute a livello sovranazionale.

In terzo luogo, per l'acquisizione dei dati il legislatore ha previsto il decreto motivato del pubblico ministero.

In quarto luogo, le procedure "interne" per rispondere alle richieste di accesso ai dati sono state lasciate sostanzialmente nelle mani del *provider*, anche se il Garante Privacy italiano è intervenuto in più occasioni prescrivendo ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, ai sensi degli artt. 17, 123 e 132 d.lgs 196 del 2003, l'adozione di specifici accorgimenti e misure in grado di garantire un "elevato" livello di protezione dei predetti dati di traffico[32].

A questo punto appare logico chiedersi quale valore assumono i dati acquisiti presso il *provider* o, meglio, "consegnati" dal *provider*, all'interno del processo penale[33]. Quali sono le garanzie legate alla genuinità, integrità e veridicità del dato se le stesse "procedure interne" possono essere non previste in modo chiaro e preciso dalla legge, ma lasciate alla "valutazione" dei *providers* o, come è avvenuto in Italia, a prescrizioni del Garante, che però possono essere attuate dai fornitori del servizio in modo diverso e con margini di discrezionalità organizzativa, tecnica ed economica? Gli *stress* a cui sono sottoposti gli istituti processuali coinvolti sono superabili? E qual è il destino dei procedimenti in atto – che incide sulla stessa utilizzabilità dei dati – i quali potrebbero basarsi proprio sull'acquisizione delle informazioni di traffico telefonico o telematico oggetto della *data retention*? Infine, quali sono le prospettive *de jure condendo,* anche sul piano del diritto penale sostanziale? E' opportuno che il legislatore nazionale intervenga in tempi rapidi per adeguare la disciplina italiana ai "rilievi" di illegittimità della direttiva e di grave interferenza nei diritti fondamentali dell'individuo evidenziati dalla Corte?

Alla luce della sentenza della Corte di Giustizia queste brevi osservazioni costituiscono, anzitutto e *de jure condito*, questioni "aperte", con cui l'interprete dovrà necessariamente confrontarsi, in quanto influiscono in modo determinante sulle riflessioni connesse alla "validità" della disposizione italiana in rapporto al diritto europeo ed al rispetto dei diritti fondamentali previsti dalla Carta.

Da un lato, la fonte "gerarchicamete" superiore è stata dichiarata invalida per il contrasto con i diritti fondamentali, ritenuti compromessi ben oltre il limite posto dal rispetto del loro contenuto essenziale e del principio di proporzionalità.

[32] Con i provvedimenti del 17 gennaio 2008, 24 luglio 2008 e 29 aprile 2009, con cui ha disposto più proroghe per l'adempimento da parte dei fornitori di servizi, il Garante ha preso atto anche delle modifiche normative intervenute dalla data di entrata in vigore del d.lgs n. 196 del 2003 e, in particolare, di quelle introdotte con la l. n. 48 del 2008, di ratifica della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica del 23 novembre 2001, che ha modificato l'art. 132 del Codice, prevedendo una specifica ipotesi di conservazione temporanea dei dati relativi al traffico telematico a fini di svolgimento di investigazioni preventive o di accertamento e repressione di reati. In materia è successivamente intervenuto il d.l. 2 ottobre 2008, n. 151 (convertito con modificazioni dall'art. 1 della l. n. 186 del 2008). Gli adempimenti in capo ai *providers* hanno avuto ad oggetto, ad esempio, prescrizioni per l'adozione di sistemi di autenticazione e autorizzazione, di cifratura e protezione, nonché per la conservazione separata dei dati oltre che per la cancellazione di questi ultimi e per il controllo delle operazioni. Tali prescrizioni, però, pur apparendo stringenti, e pur risultando importanti nel settore oggetto di studio, lasciano sostanzialmente nelle mani del fornitore la definizione concreta delle procedure tecniche, che coinvolge la "consegna" dei dati alle autorità investigative. Le stesse misure di *audit* originariamente prescritte sono generiche e fanno riferimento alla «garanzia di completezza, immodificabilità e autenticità delle registrazioni», o all'adozione di «dispositivi non alterabili», ovvero a locuzioni del tipo «prima della scrittura, i dati o i raggruppamenti di dati devono essere sottoposti a procedure informatiche per attestare la loro integrità, basate sull'utilizzo di tecnologie crittografiche» oppure, ancora, «l'attività di controllo deve essere demandata a un'unità organizzativa o, comunque, a personale diverso rispetto a quelli cui è affidato il trattamento dei dati per la finalità di accertamento e repressione dei reati». L'esito dell'attività di controllo deve (solo) essere comunicato alle persone e agli organi legittimati ad adottare decisioni e a esprimere, a vari livelli in base al proprio ordinamento interno, la volontà della società e messo, a richiesta, a disposizione del Garante o dell'autorità giudiziaria. Tali prescrizioni esprimono le difficoltà relative alla previsione di ulteriori adempimenti, oltre all'obbligo di conservazione dei dati, che comportano impegni organizzativi, strutturali ed economici per i fornitori di servizi.

[33] Alcune criticità sulla c.d. *data retention*, a livello statale (nel caso di specie Germania), ma considerando la prospettiva europea, sono state evidenziate già da U. Sieber, *Straftaten und Strafverfolgung im Internet*, München, 2012, C 128 – C 136. Ulteriori criticità, anche in relazione alla collaborazione fra settori pubblico e privato nella lotta alla criminalità (non solo informatica), sono state messe in risalto dal rapporto "*Comprehensive Study on Cybercrime*" dell'UNODC (*draft* febbraio 2013), in http://www.unodc.org/.

Dall'altro lato, la disposizione italiana, già più volte modificata[34], non è oggi in grado di assicurare il rispetto degli standard elaborati dalla Corte di Giustizia.

Ferme le delicate questioni sui limiti temporali della conservazione dei dati e sulle procedure di accesso e di acquisizione delle informazioni, le criticità principali riguardano, *in primis*, l'individuazione dei "gravi" reati "presupposto", nonché la definizione dei presupposti oggettivi che possano giustificare la *data retention*. In secondo luogo, la valutazione sull'esistenza di un *fumus commissi delicti* dovrebbe essere lasciata ad un organismo indipendente (giudice) attraverso la previsione di una procedura snella e "tempestiva", che consenta comunque un accertamento concreto sulla sussistenza del reato "presupposto", basato su elementi indiziari (provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria su richiesta del pubblico ministero, anche su istanza del difensore dell'imputato), che può pervenire ex post, in un lasso di tempo comunqe breve, esclusivamente in ipotesi di urgenza (ad esempio quando sussistono elementi oggettivi e concordanti relativi alla preparazione di attentati terroristici), purchè vi sia una definizione: a) di un elevato livello delle "misure di sicurezza" da adottare e delle procedure da seguire per la conservazione, l'estrazione e, eventualmente, la cancellazione dei dati al termine del procedimento o del trattamento; b) di apposite sanzioni di inutilizzabilità del materiale probatorio acquisito in modo illecito o in caso di mancato rispetto del "principio di necessità" nel trattamento dei dati (ad esempio quando le finalità perseguite nei singoli casi possono essere realizzate mediante, rispettivamente, dati anonimi od opportune modalità che permettano di identificare l'interessato o le persone a lui collegate solo in caso di indispensabilità).

La soluzione più immediata, ma purtroppo ad effetto "locale", vede come protagonista il nostro legislatore, il quale dovrebbe intervenire ed adattare l'attuale disciplina agli standard elaborati dalla Corte di Giustizia.

Sarebbe però maggiormente auspicale un intervento del legislatore europeo, nell'ambito di una più ampia politica criminale dell'Unione. La stessa individuazione dei fenomeni criminali gravi e di natura transnazionale, nonché la conseguente definizione dei "reati presupposto", potrebbe trovare una base legale nell'art. 83, par. 1, TFUE.

Il *valore aggiunto* riguarda, da un lato, l'efficacia, per la forza vincolante delle fonti per gli Stati membri; dall'altro lato le *garanzie,* che devono circondare la produzione di norme penali (legittimazione democratica e trasparenza del procedimento legislativo, controllabilita` politica, da parte dei Parlamenti nazionali durante la fase « ascendente » dei fondamentali principi di sussidiarieta` europea e di proporzionalita`, ex art. 5 TUE e Protocollo applicativo n. 2 allegato al TFUE, piena controllabilita` giudiziaria di tali presupposti da parte della Corte di Giustizia ed, indirettamente, delle giurisdizioni nazionali nella fase applicativa).

L'epocale sentenza della Corte di Giustizia, di cui si condivide l'iter argomentativo e motivazionale, che fonda le proprie basi nel percorso già intrapreso da numerose Corti costituzionali europee, si scontra con la complessità dell'attuale società dell'informazione, governata dalla inarrestabile rivoluzione informatica e dalla esasperata velocità evolutiva delle tecnologie, che hanno trasformato i dati e le informazioni in "beni immateriali" di inestimabile valore.

Nell'attuale assetto sociale ed economico il ricorso a strumenti investigativi a "contenuto tecnologico" e alla *data retention* risulta indispensabile, per prevenire e per accertare gravi reati lesivi di importanti beni giuridici. Ma proprio la complessità di questo assetto richiede che il bilanciamento fra le contrapposte esigenze di tutela, per il raggiungimento di un fine di interesse generale, avvenga anche sulla base di un rapporto dialogico con le scienze extragiuridiche, con gli "operatori" del diritto e con la società civile.

[34] L'art. 132 Codice Privacy, prima dell'attuazione della direttiva 2006/24/Ce, è stato modificato dal d.l. 24 dicembre 2003, n. 354, convertito con modificazioni dalla l. 26 febbraio 2004, n. 45, ed ha subito ulteriori modifiche con il d.l. 27 luglio 2005, n. 144, convertito, con modificazioni, dalla l. 31 luglio 2005, n. 155 (recante misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale), dal d.l. 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla l. 27 febbraio 2008, n. 31 e, infine, dalla l. 18 marzo 2008, n. 48, di ratifica della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica del 23 novembre 2001. La direttiva europea 2006/24/Ce ha trovato formale attuazione con il d.lgs 30 maggio 2008, n. 109, che ha previsto le categorie di dati da conservare per gli operatori di telefonia e di comunicazione elettronica.

LA CONFISCA ALLARGATA: DALLA LOTTA ALLA MAFIA ALLA LOTTA ALL'EVASIONE FISCALE?

La rilevanza dei redditi non dichiarati al fisco ai fini dell'accertamento della sproporzione e dell'origine illecita dei beni da confiscare. Nota a ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite, Cass. Pen, Sez. I, 12 dicembre 2013 (dep. 14 febbraio 2014), n. 7289, Pres. Cortese, Rel. Bonito, Ric. Repaci e altri*

Anna Maria Maugeri

Abstract

Traendo spunto dall'ordinanza n. 7289 del 2014 di rimessione alle Sezioni Unite, l'articolo affronta la questione se, ai fini della confisca ex art. 12 sexies d.l. n. 306/92 e ex art. 2 ter l. 575/65 (oggi art. 24 del d.lgs. n. 59/201), si debba tenere conto dei proventi dell'evasione fiscale per valutare se i beni posseduti siano di valore sproporzionato rispetto al reddito o all'attività economica del reo e, ancora più a monte, se si debba tenere conto dei redditi sottratti alla tassazione; questione rilevante anche per stabilire se i beni "risultino essere frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego" ex art. 2 ter l. 575/65. Tale questione assume un particolare rilievo in quanto, in seguito all'entrata in vigore del d.l. n. 92/2008, si è esteso l'ambito di applicazione della confisca ex art. 2 ter l. 575/65 nei confronti di tutti i soggetti a pericolosità generica, compresi gli evasori fiscali nell'interpretazione giurisprudenziale, e rileva anche nei confronti dei terzi laddove il valore sproporzionato del bene intestato a un terzo diventa elemento probatorio dell'intestazione fittizia.

Sommario

1. Premessa. – 2. I orientamento: irrilevanza dei redditi sottratti al fisco e confiscabilità dei proventi dell'evasione fiscale. – 2.1. Prima questione: il calcolo della sproporzione. – 2.2. La confisca dei proventi dell'evasione fiscale ex art. 2 ter l. 575/65: "frutto". – 2.3. La confisca dei proventi dell'evasione fiscale reinvestiti: il reimpiego. – 3. Il recente orientamento della Suprema Corte in materia di confisca ex art. 12 sexies d.l. 306/92: la rilevanza dei redditi leciti, ma non dichiarati fiscalmente, per accertare la sproporzione. – 3.1. Conseguenze in termini di onere della prova per l'accusa e l'importanza del presupposto della sproporzione. – 3.2. Conseguenze in termini di onere di allegazione per la difesa. – 3.3. La rilevanza dei profitti dell'evasione fiscale ai fini della prova dell'intestazione fittizia e della disponibilità dei beni. – 3.4. La confiscabilità dei proventi dell'evasione fiscale e ratio della confisca ex art. 12 sexies d.l. 306/92. – 4. L'utilizzabilità della confisca misura di prevenzione contro l'evasore fiscale socialmente pericoloso. – 5. La Direttiva in materia di confisca, approvata il 25 febbraio 2014 dal Parlamento Europeo: a proposito dei proventi dell'evasione fiscale. – 6. Conclusioni.

* Nota redazionale: la questione rimessa alle Sezioni Unite, oggetto del presente contributo, è stata nel mentre risolta con sentenza depositata in data 29 luglio 2014. Per un primo commento alla sentenza, v. T. TRINCHERA, La sentenza delle Sezioni Unite sulla rilevanza dei redditi non dichiarati al fisco ai fini della confisca di prevenzione, in Dir. pen. cont., 23 settembre 2014.

1. Premessa.

Con ordinanza n. 7289 del 2014[1] la I sezione della Suprema Corte ha rimesso alle Sezioni Unite la questione, che ha recentemente diviso la giurisprudenza**, se si debba tenere conto anche dei proventi dell'evasione fiscale ai fini della valutazione del** *valore sproporzionato dei beni posseduti***, sproporzione che, dopo la disponibilità o titolarità dei beni, rappresenta il presupposto oggettivo del**le forme di confisca allargata previste nel nostro ordinamento: presupposto unico in relazione alla confisca penale *ex* art. 12 *sexies* d.l. n. 306/92 (convertito in L. 7 agosto 1992, n. 356) nei confronti di un soggetto condannato per i reati presupposti; insieme all'origine illecita (frutto o reimpiego), in relazione alla confisca misura di prevenzione *ex* art. 2 *ter* l. 575/65 (oggi art. 24 del d.lgs. n. 59/2011, codice antimafia e delle misure di prevenzione) nei confronti di un soggetto socialmente pericoloso (anche se la pericolosità non è più attuale)[2].

Nel caso di specie si tratta della confisca *ex* art. 2 *ter* l. 575/65 (la richiesta di misura di prevenzione, personale e patrimoniale, del 28 settembre 2010, è antecedente all'entrata in vigore – il 13 ottobre 2011 – del d. lgs. 159/2011, c.d. codice antimafia, che quindi non si applica ai sensi dell'art. 117 dello stesso decreto legislativo).

Il provvedimento di natura patrimoniale in questione è stato pronunciato in primo grado e confermato in appello in base alla «sproporzione tra il valore dei beni oggetto della confisca ed il "*reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o ... la propria attività economica*"; i giudici di merito non hanno considerato, al fine di valutare la legittima provenienza dei beni e la legittimità del loro acquisto, le risorse provenienti da una evasione fiscale riferibile ai soggetti destinatari del provvedimento, giudicata dalla corte di merito in termini di enorme rilevanza e comunque di per sé illecita».

La questione di diritto posta dalla difesa riguarda la legittimità di una siffatta decisione, ovverosia se sia giuridicamente corretto ai fini di valutare la sproporzione e la legittima provenienza dei beni sottoposti a sequestro e successivamente a confisca, ai sensi dell'art. 2 *ter* L. 575/65, considerare o meno le risorse eventualmente lucrate dal sottoposto attraverso la infedele dichiarazione dei redditi.

Il contrasto giurisprudenziale che rende opportuno l'intervento delle Sezioni Unite riguarda, in realtà, da una parte la più recente giurisprudenza in relazione alla confisca *ex* art. 12 *sexies* d.l. n. 306/92, *recante "ipotesi particolari di confisca",* che prevede in seguito a condanna (ovvero di applicazione della pena su richiesta) per i reati ivi contemplati la confisca dei beni *"di valore sproporzionato al proprio reddito dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica ...",* che ha recentemente riconosciuto **la rilevanza dei redditi leciti ma non dichiarati fiscalmente per accertare la sproporzione** (a partire dalla sentenza Cass.., sez. VI, 31 maggio 2011, n. 29926)**.**

Dall'altra parte, la giurisprudenza della Suprema Corte in relazione alla pressoché corrispondente ipotesi di confisca misura di prevenzione prevista dall'art. 2 *ter* l. 575/65, fondata sul valore sproporzionato dei beni ("in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica"), nonché sull'accertamento dell'origine illecita dei beni, **secondo cui il proposto non può giustificare la legittima provenienza del bene sequestrato allegando redditi da evasione fiscale**. La questione rimane valida, infatti, anche laddove la confisca misura di prevenzione viene applicata non in base al valore sproporzionato del bene, ma laddove i beni "risultino essere frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego" e quindi in base alla prova dell'origine illecita, perché si pone pur sempre il problema di stabilire se ai fini dell'accertamento dell'origine illecita si debba tenere conto dei redditi sottratti al fisco e dei proventi dell'evasione fiscale, e se tra i beni di origine illecita confiscabili ai sensi dell'art. 2 *ter* l. 575/65 debbano rientrare anche i proventi del reato di evasione fiscale (o addirittura tutto l'imponibile, e cioè i redditi, pur di origine lecita, illecitamente sottratti alla tassazione).

Anche se il contrasto giurisprudenziale attiene a due forme di confisca distinte, l'una mi-

[1] Ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite, Cass. Pen, Sez. I, 12 dicembre 2013 (dep. 14 febbraio 2014), n. 7289, Pres. Cortese, Rel. Bonito, Ric. Repaci e altri, in *Dir. pen. cont.*

[2] Ampiamente sull'argomento cfr. Furciniti – Frustagli, *Le indagini economico patrimoniali nel contrasto alla criminalità organizzata*, Milano, 2013, p. 315 ss.

sura di sicurezza o sanzione accessoria applicabile in seguito a condanna, e l'altra misura di prevenzione, fondata su un giudizio di pericolosità sociale (anche se non più attuale in seguito alle riforme introdotte dal d.l. n. 92/08 e l. n. 94/09 recepite negli art. 16 ss. e in particolare 18 del cod. mis. di prevenzione), in realtà appare condivisibile l'equiparazione delle questione compiuta dalla I sezione, pur non sottovalutando la differenza tra le due forme di confisca, per la parziale coincidenza dei presupposti sotto il profilo in esame e, in particolare, rispetto all'ipotesi di confisca fondata sulla sproporzione; "i testi normativi sono infatti del tutto sovrapponibili e comune si appalesa, per entrambi gli istituti, la *ratio legis,* che è quella di contrastare soggetti socialmente pericolosi e dediti al delitto colpendone i patrimoni". Pur nell'inesattezza dell'espressione utilizzata laddove fa riferimento a soggetti socialmente pericolosi, considerando che la confisca *ex* art. 12 *sexies* presuppone la condanna per uno dei reati presupposti e non la mera pericolosità sociale, in ogni caso la *ratio* anche di questa forma di confisca allargata, così come della confisca misura di prevenzione, è pur sempre la lotta contro le illecite accumulazioni patrimoniali della criminalità organizzata o, comunque, della criminalità professionale, dedita al crimine, accumulazioni che possono essere investite in ulteriori attività criminali nonché inquinare l'economia e il mercato lecito, fonte di potere economico e politico; anche se l'art. 12 *sexies* presuppone la condanna per un reato, la confisca di tutti i beni di valore sproporzionato si fonda sulla presunzione *iuris tantum* dello svolgimento da parte del reo di un'attività criminale di carattere continuativo, e quindi in questo senso sulla sua pericolosità sociale.

In particolare in relazione al caso di specie, la questione che si pone coincide nelle due fattispecie: si deve stabilire se, ai fini del calcolo del valore sproporzionato del bene o del cespite patrimoniale da confiscare, si debba tenere conto anche dei proventi dell'evasione fiscale; tale questione presuppone ancora prima se si debba tenere conto del reddito effettivamente percepito dal condannato o dal proposto attraverso un'attività economica lecita, anche se si tratta di redditi sottratti alla denuncia dei redditi o comunque oggetto di evasione fiscale, oppure se si debbano tenere in considerazione soli i redditi dichiarati. In seconda battuta la questione che ne deriva è se possano essere oggetto di confisca *ex* art. 12 *sexies* e 2 *ter* l. 575/65 anche i proventi dell'evasione fiscale.

Anche in relazione ai terzi la questione si pone, come si vedrà, laddove l'accusa deve accertare la disponibilità dei beni in capo al condannato o al proposto e il valore sproporzionato del bene intestato a un terzo diventa elemento probatorio dell'intestazione fittizia, nel senso che i redditi dichiarati o l'attività economica del terzo non siano tali da giustificare l'acquisto; si deve stabilire se l'accusa, da una parte, debba tenere conto anche dei redditi di origine lecita, ma sottratti al fisco, e il terzo possa allegare tali redditi per dimostrare la sua effettività disponibilità dei beni.

2. I orientamento: irrilevanza dei redditi sottratti al fisco e confiscabilità dei proventi dell'evasione fiscale.

In base ad un risalente orientamento[3], recentemente riaffermato[4] anche se non più uniforme, la Suprema Corte non attribuisce alcun rilievo ai fini del calcolo della sproporzione, quale presupposto della confisca *ex* art. 12 *sexies* d.l. 306/92, all'allegazione di eventuali redditi di origine lecita ma sottratti alla denuncia dei redditi o comunque oggetto di evasione fiscale; orientamento affermato in maniera uniforme dalla giurisprudenza in materia di confisca misura di prevenzione, che ha sempre espressamente ammesso la confisca antimafia *ex* art. 2 *ter* l. 575/65 anche in relazione ai proventi dell'evasione fiscale[5]. In dottrina tale orientamento è sostenuto da chi afferma la legittimità della confisca dei beni non dichiarati al fisco per una genetica inidoneità a superare la presunzione d'illiceità, poiché il fatto dell'omissione della sua

[3] Cfr. Cass., Sez. I, 10 giugno 1994 (dep. 23 agosto 1994), n. 2860, Moriggi, Rv. 198943; Cass., Sez. II, 14 ottobre 1996 (dep. 26 ottobre 1996), n. 5202, Scarcella, Rv. 205738.
[4] Cass., Sez. II, 28 settembre 2011 (dep. 13 ottobre 2011), n. 36913, Lopalco, in *Dejure*; Cass., Sez. II, 14 giugno 2011, n. 32563, De Castro, *ivi*.
[5] Cass., 26 gennaio 1998, Corsa, in *Cass. pen.*, 1998, n. 1133; Cass., 15 gennaio 196 (dep. 22 febbraio 1996), n. 148, Anzelmo, in *Riv. pen.*, 1996, p. 1153.

indicazione in dichiarazione accrescerebbe il "sospetto" di un'origine illecita[6].

In tale direzione la Suprema Corte in relazione alla confisca *ex* art. 12 *sexies* sottolinea la *sufficienza della dimostrazione della non lecita provenienza del bene, che è comunque deducibile dall'evasione fiscale*[7], e quindi *l'inammissibilità del tentativo di sottrarre i beni alla confisca adducendo la legittimità della loro origine dai proventi dell'evasione fiscale* («la censura è radicalmente inammissibile là dove mira ad infrangere la tenuta logica della adottata motivazione di "sproporzione" tra risorse e beni disponibili con l'argomento relativo alla possibile provenienza dei beni da un "... deprecabile compendio di evasioni fiscali")[8]. Al fine di valutare la legittima provenienza dei beni di cui l'art. 12 *sexies*, i parametri legislativi, indicati nella sproporzione fra il valore dei beni e il reddito dichiarato, o fra detto valore e l'attività economica, sono alternativi e non concorrenti[9]. Si richiama a sostegno di tale posizione la *ratio* della confisca allargata *ex* art. 12 *sexies* e la sua assimilabilità, sotto questo specifico profilo, alla confisca di prevenzione[10]; richiamando proprio la giurisprudenza in materia di confisca di prevenzione[11], si precisa che non assume rilievo la circostanza che, a seguito del perfezionamento dell'iter amministrativo del c.d. condono 'tombale', le somme di cui all'evasione fiscale siano entrate a far parte legittimamente del patrimonio del proposto medesimo, dal momento che l'illiceità originaria del comportamento con cui se le è procurate continua a dispiegare i suoi effetti ai fini della confisca. «In sostanza, l'adesione al condono fiscale non esclude di per sé la provenienza illecita del patrimonio, potendo oltre tutto consistere tale illiceità (che non necessariamente deve essere di rilievo penale) proprio nell'evasione fiscale, nè elide *ex post* la "illiceità originaria". Poiché il giudizio di proporzionalità deve essere effettuato fra la consistenza patrimoniale dell'interessato ed i suoi profitti leciti, il condono fiscale non ha alcuna incidenza in termini giustificativi dell'eventuale sproporzione fra patrimonio e reddito»[12].

In relazione alla confisca *ex* art. 2 *ter* l. 575/65 si afferma in maniera pressoché uniforme che è sufficiente la dimostrazione dell'illecita provenienza dei beni confiscati, qualunque essa sia e che non è possibile per il proposto giustificare la legittima provenienza dei suoi beni adducendo dei redditi di origine lecita ma non dichiarati al fisco[13], posizione ribadita anche dopo l'emergere del diverso orientamento della Suprema Corte in relazione alla confisca *ex* art. 12 *sexies*[14]. La dizione "frutto di attività illecite o reimpiego" lascerebbe intendere che i beni possono provenire da qualunque attività illecita, e non necessariamente dal reato di cui all'art.

[6] Laganà, *Confisca penale e confisca di prevenzione: valutazione della prova e tecniche di motivazione dei provvedimenti*, Relazione tenuta nel corso CSM n. 3352, Roma, 5 marzo 2009, in www.progettoinnocenti.it.

[7] Cass., Sez. II, 14 giugno 2011 (dep. 19 agosto 2011), n. 32563, De Castro, in *Dejure*: "essendo sufficiente la dimostrazione della non lecita provenienza del bene che è comunque deducibile dalla evasione fiscale delle somme necessarie per l'acquisto, somme provenienti da una causale non specificata, Cass. 6^ 25.9.03 n. 36762, c.c. 27.5.03, rv. 226655; Cass. 2^ 26.5.99 n. 2181, c.c. 6.5.99, rv. 213853; Cass. 1^ 22.2.96 n. 148, c.c. 15.1.96, rv. 204036".

[8] Cass. Pen., Sez. I, 24 febbraio 2012 (dep. 23 marzo 2012), n. 11473, Allegro, in *Dejure*.

[9] Cass., Sez. I, 14 ottobre 1996, n. 5202, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2718; Cass, Sez. I, 10 giugno 1994, n. 2860, Rv. 198941.

[10] "Va richiamato al riguardo il consolidato orientamento di questa Corte formatosi in tema di misure di prevenzione patrimoniali, stante la sostanziale affinità di quell'istituto col sequestro disposto L. n. 306 del 1992, *ex* art. 12 *sexies*", Cass., Sez. II, 28 settembre 2011 (dep. 13 ottobre 2011), n. 36913, Lopalco, in *Dejure*.

[11] Cass., Sez. II, 6 maggio 1999 (dep. 26 maggio 1999), n. 2181, Sannino, Rv. 213853.

[12] Cass., Sez. II, 28 settembre 2011 (dep. 13 ottobre 2011), n. 36913, Lopalco, in *Dejure*; cfr. Cass., Sez. II, 17 gennaio 2012 (dep. 15 febbraio 2012), n. 6061, Gallo, non attribuisce alcun rilievo *favor rei* all'adesione al condono fiscale, che non elimina l'origine illecita del denaro nel suo momento genetico e conseguentemente consente di confermare la sussistenza dei presupposti del delitto di riciclaggio.

[13] Cass., Sez. II, 6 maggio 1999 (dep. 26 maggio 1999), n. 2181, Sannino, Rv. 213853, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1051; Cass., Sez. VI, 22 marzo 1999, n. 950, Riela ed altri, Rv. 214507; Cass., 15 gennaio 1996 (dep. 22 febbraio 1996), n. 148, Anzelmo, in *Riv. pen.*, 1996, p. 1153; conformi con riferimento generico ad attività illecita Cass., 27 maggio 2003 (dep. 25 settembre 2003), n. 36762, Lo Iacono e altro, Rv. 226655, in *Cass. pen.*, 2005, m. 115; Cass., 26 novembre 1998, n. 1131, Bommarito, in *Cass. pen.*, 1999; Cass., C.c., 20 novembre 1998, n. 5760, Iorio e altri, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3238; Cass., 2 luglio 1998, Arcuri, Rv. 211329; Cass., 26 gennaio 1998, n. 1133, Corsa, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2012; Cass., 23 gennaio 1998, Bonanno, Rv. 210834.

[14] Cass., Sez. VI, 25 gennaio 2012 (dep. 17 febbraio 2012), n. 6570, Brandi e altro, in *Dejure*; Cass., Sez. II, 5 giugno 2012 (dep. 27 giugno 2012), n. 25332, *ivi*; Cass, Sez. II, 27 marzo 2012 (dep. 10 luglio 2012), n. 27037, *ivi*; Cass., Sez. II, 5 luglio 2012 (dep. 25 luglio 2012), n. 30449, *ivi*; Cass., Sez. VI, 29 maggio 2012 (dep. 23 agosto 2012), n. 33160, *ivi*; Cass., Sez. VI, 2 ottobre 2012 (dep. 3 gennaio 2013), n. 122, *ivi*; Cass., Sez. I, 16 ottobre 2013 (dep. 5 aprile 2013), n. 15815, *ivi*; Cass., Sez. I, 22 marzo 2013 (dep. 24 aprile 2013), n. 18423, *ivi*; Cass., Sez. I, 17 maggio 2013 (dep. 23 settembre 2013), n. 39204, Ferrara e altro, *ivi*; Cass., Sez. I, 11 aprile 2013 (dep. 24 settembre 2013), n. 39517, *ivi*. *Contra* Cass., Sez. VI, 24 ottobre 2012 (dep. 15 novembre 2012), n. 44512, *ivi*.

416 *bis*[15]; «anche i proventi di eventuali frodi fiscali sono, a fini di prevenzione, da considerare di illecita provenienza»[16]. I concetti di "frutto" o "reimpiego" sarebbero stati utilizzati per rendere possibile la confisca dei beni cronologicamente distanti dal compimento dell'illecito e per i quali non sarebbe configurabile un rapporto di causalità diretta ed immediata con l'antecedente criminoso[17] e, quindi, potranno essere colpiti tutti i beni dei quali l'indiziato è titolare o, comunque, dispone di fatto, senza che sia necessario dimostrare il loro nesso con uno specifico reato, né tanto meno il loro collegamento con le attività tipiche di cui all'art. 416 *bis*[18]. "Nel caso in esame bene la corte di merito ha ritenuto di provenienza illecita la formazione iniziale "in nero" dell'accumulazione patrimoniale (in tal senso v. anche Cass. Sez. 6, 25.1.2012 n. 6570)"[19]. Non assume rilievo, come sopra esaminato in relazione alla confisca *ex* art. 12 *sexies*, il perfezionamento dell'*iter* amministrativo previsto dal c.d. condono "tombale" (l. n. 431/91), in quanto le somme provento di evasione fiscale conservano l'illiceità originaria del comportamento con cui il soggetto ne è entrato in possesso, illiceità che dispiega i suoi effetti ai fini della confisca[20].

Tale giurisprudenza, da una parte, non attribuisce alcuna rilevanza ai fini della valutazione della *sproporzione* a redditi pur di origine lecita, ma non dichiarati al fisco, come i proventi di una seconda attività lavorativa svolta "in nero"[21]; dall'altra considera reimpiego i beni acquistati con i proventi dell'evasione fiscale ("Correttamente si è allora fatto applicazione del principio di diritto, secondo cui "considerato che le disposizioni sulla confisca mirano a sottrarre alla disponibilità dell'indiziato di appartenenza a sodalizi di tipo mafioso tutti i beni che siano frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego, senza distinguere se tali attività siano o meno di tipo mafioso, è legittimo il provvedimento di confisca di beni del proposto che ne giustifichi il possesso dichiarando di averli acquistati con i proventi del reato di evasione fiscale" – Sez. 2, n. 27037 del 27/3/2012 (dep. 10/7/2012), Bini, Rv. 253405")[22] e, infine ritiene confiscabili i proventi dell'evasione anche se il proposto ha acceduto a particolari procedure conciliative con il fisco, ritenendo che si tratta comunque di profitti di origine illecita confiscabili[23].

Solo parzialmente in tale direzione un'attenta posizione dottrinaria ritiene che il giudice debba tenere conto ai fini della valutazione della sproporzione dei redditi di origine lecita allegati dal reo ma non dichiarati al fisco, purché decurtati – con onere a carico del proposto o del condannato – dei proventi illeciti e cioè di quanto dovuto al fisco, indipendentemente dalla sussistenza dell'illecito amministrativo o penale, non potendo assumere alcun rilievo un reddito illecito, qualunque sia la natura dell'illiceità; fermo restando che i proventi, anche nella forma del reimpiego, dell'evasione fiscale debbano essere sottratti *ex* art. 12 *sexies* d.l. 306/92 o

[15] Cfr. Fiandaca, *Osservazioni a Cass., 7 agosto, Aquilino*, in *Foro it.*, 1985, II, c. 273; in giurisprudenza cfr. tra le altre, Cass., 5 maggio 1999, n. 2181, Sannino, Rv. 213853, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1051; Cass., 22 marzo 1999, Riela, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1778; Cass., 12 gennaio 1999, Cilenti, Rv. 213080; Cass., 5 febbraio 1990, Montalto, in *Cass. pen.*, 1990, p. 812, in cui si afferma che i beni possono derivare da qualsiasi attività illecita senza necessità di distinguere se tale attività sia o meno mafiosa; in altre sentenze si fa un generico riferimento ad attività illecite, cfr. Cass., 17 novembre 1989, Nuvoletta ed altri, in *Giust. pen.*, 1991, c. 354; Cass., 19 settembre 1989, Inchiappa, Rv. 179305; Cass., 16 febbraio 1987, Cirillo, in *Cass. pen.*, 1988, p. 926; Cass., 10 marzo 1986, Mazzagatti, in *Riv. pen.*, 1987, m. 180; cfr. in particolare Cass., 4 gennaio 1985, Pipitone, in *Cass. pen.*, 1986, p. 378, dove addirittura si estende l'ambito di applicazione della misura in esame non solo ai beni frutto di attività illecite o che ne costituiscono il reimpiego, ma anche ai beni che "siano serviti o siano stati destinati al potenziamento dell'attività criminosa".

[16] Cass., Sez., VI, 22 marzo 1999 (dep. 6 luglio 1999), n. 950, Riela (in motivazione), Rv. 214507.

[17] Mangione, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001, p. 67.

[18] Cass., Sez. II, 6 maggio 1999 (dep. 26 maggio 1999), n. 2181, Sannino, Rv. 213853; Cass., 2 luglio 1998, Arcuri, Rv. 211329 e in *Foro it. Rep.*, 1998, voce *Misure di prevenzione*, n. 73; Cass., 7 dicembre 1993, Ciancimino, in *Riv. pen.*, 1994, p. 1304

[19] Cass., Sez. II, 5 luglio 2012 (dep. 25 luglio 2012), n. 30449, Di Giorgio e altri, in *Dejure*.

[20] Cass., Sez. II, 6 maggio 1999 (dep. 26 maggio 1999), n. 2181, Sannino, Rv. 213853; Cass., 27 maggio 2003, n. 36762, Lo Iacono, Rv. 226655, in *Cass. Pen.*, 2005, m. 115.

[21] Cass., Sez. I, 17 maggio 2013 (dep. 23 settembre 2013), n. 39204, Ferrara, Rv. 256140: "La Corte territoriale ha argomentato sull'irrilevanza della deduzione difensiva riferita all'esercizio dell'attività libero professionale di intermediazione immobiliare contestualmente alla prestazione di lavoro come dipendente comunale, ed ha posto in evidenza la mancata allegazione dell'autorizzazione datoriale allo svolgimento di altra attività e la mancata produzione di atti e documenti (ricevute per compensi libero-professionali) con cui ricostruire l'ammontare dei redditi asseritamente prodotti in quel periodo e fonte di quella ricchezza finanziaria presente al 31 dicembre 1984 (fl. 58 ss.). In ogni caso, ha precisato la Corte territoriale, i redditi derivanti dall'attività di intermediazione immobiliare, che certo furono superiori a quelli percepiti dall'esercizio dell'attività lavorativa di dipendente comunale, furono incassati in violazione della normativa fiscale. Il ricorrente fu titolare di partita i.v.a. soltanto per pochissimo tempo e non dichiarò i proventi dell'attività nella voce "redditi diversi" del modello 740 come compensi occasionali (fl. 59)".

[22] Cass., Sez. I, 17 maggio 2013 (dep. 23 settembre 2013), n. 39204, Ferrara, Rv. 256140; Cass., Sez. II, 5 luglio 2012 (dep. 25 luglio 2012), n. 30449, in *Dejure*; Cass., Sez. VI, 27 maggio 2003, n. 36762, Lo Iacono, Rv. 226655, in *Cass. Pen.*, 2005, m. 115 .

[23] Cass., Sez. II, 6 maggio 1999 (dep. 26 maggio 1999), n. 2181, Sannino, Rv. 213853; Cass., 27 maggio 2003, n. 36762, Lo Iacono, Rv. 226655, in *Cass. Pen.*, 2005, m. 115.

2 *ter* l. 575/65 in quanto di origine illecita. Si osserva in tale direzione che il riferimento all'attività economica, ripreso nell'art. 12 *sexies* d.l. 306/92, è stato introdotto dall'art. 3 l. n. 256/93, che ha modificato l'art. 2 *ter*, c. 2, l. 575/65, con l'obiettivo di consentire di tenere conto ai fini della valutazione della sproporzione, oltreché delle dichiarazioni a fini fiscali, anche di redditi di attività economiche che consentono una dichiarazione a fini fiscali "forfettaria" o, comunque, di redditi non dichiarabili interamente o parzialmente[24]. Addirittura si afferma che laddove si tratta di un'attività continuativa volta all'evasione fiscale i cui proventi sono reinvestiti nell'attività imprenditoriale, il reimpiego comporta l'illiceità degli ulteriori redditi prodotti e rende difficile lo scorporo dei redditi leciti dagli illeciti, rendendo tutto confiscabile (in termini problematicamente simili a quanto si afferma attraverso il concetto di "impresa mafiosa")[25].

Dobbiamo ricordare a tal proposito che la confisca *ex* art. 12 *sexies* consente l'ablazione di tutti i beni di valore sproporzionato rispetto al reddito o all'attività economica posseduti dal reo, senza la necessità di provare la loro provenienza dal reato oggetto di condanna; i beni, purché di valore sproporzionato, possono derivare da qualunque attività illecita, quindi in linea di principio anche dall'evasione fiscale laddove siano integrati gli estremi del delitto in questione. L'art. 12 *sexies*, infatti, non richiede nessun accertamento da parte dell'accusa del nesso di causalità tra i beni da confiscare e il reato oggetto di condanna[26], né dell'origine illecita dei beni da confiscare, come evidenziato dalle Sezioni Unite, nella pronuncia Montella del 2004[27], ma si limita a richiedere l'accertamento appunto del valore sproporzionato del bene da confiscare; la Suprema Corte ha stabilito «l'irrilevanza del requisito della "pertinenzialità" del bene rispetto al reato per cui si è proceduto» o rispetto all'attività illecita dell'imputato ("la confisca dei singoli beni non è esclusa per il fatto che essi siano stati acquisiti in epoca anteriore o successiva al reato per cui è intervenuta condanna o che il loro valore superi il provento del medesimo reato"). Non si ritiene possibile neanche tentare di interpretare la norma nel senso che essa richiederebbe l'accertamento dei beni da confiscare non dal reato oggetto di giudizio, ma dall'attività illecita del condannato, in quanto si finirebbe per allargare indefinitamente il *thema decidendum*[28].

2.1. *Prima questione: il calcolo della sproporzione.*

In relazione a tale orientamento si deve osservare che ***esso è inaccettabile laddove, innanzitutto, in contrasto con la lettera della legge e quindi con il principio di legalità, consente la confisca di un bene in base all'accertamento del suo carattere sproporzionato valutato senza tenere conto dei redditi sottratti alla dichiarazione fiscale***, ma frutto dell'attività economica lecita del condannato o del proposto, come sarebbe avvenuto ad avviso della difesa nel caso di specie; sia l'art. 12 *sexies* sia l'art. 2 *ter* (e oggi l'art. 24 cod. delle misure di prevenzione) richiedono chiaramente l'accertamento della sproporzione, come si evidenzierà nel prosieguo, tra il valore del bene al momento dell'acquisto e il reddito dichiarato o l'attività economica ("in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica"), ammettendo espressamente che il reddito derivante dall'attività economica può non coincidere con quello dichiarato. **Si finisce per allargare l'ambito di applicazione delle forme di confisca in esame a beni in realtà di origine lecita, perlomeno nel senso che non risulta dimostrato il loro valore *sproporzionato***, trasformando tali forme di confisca in "pene" per l'evasione fiscale, pene di origine pretoria, in contrasto con il principio di legalità, e non commisurate ai normali indici di commisurazione della pena *ex* art. 133 c.p., innanzitutto la colpevolezza, e quindi *sproporzionate*. In tali ipotesi nella misura dei redditi leciti, ma non dichiarati, i beni non dovrebbero essere confiscabili, salva l'applicazione della normativa tributaria per il recupero delle imposte evase.

Come *extrema ratio* si potrebbe, al limite, ammettere solo che ai fini del calcolo della spro-

[24] Menditto, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali - La confisca* ex *art. 12*-sexies *l. n. 356/92*, Milano, 2012, p. 334.
[25] Menditto, *Le misure di prevenzione*, cit., p. 337.
[26] Tra le altre da ultimo Cass., sez. I, 28 maggio 2013 (dep. 20 giugno 2013), Guarnieri Amelia, in *Dejure*; Cass., Sez. II, 14 giugno 2011 (dep. 19 agosto 2011), n. 32563, De Castro, *ivi*.
[27] Cass., Sez. un., 17 dicembre 2003 (dep. 19 gennaio 2004), Montella, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1188.
[28] *Ibidem*, p. 1187.

porzione, nel tenere conto anche dei redditi non dichiarati, siano decurtate le imposte evase perché illecito profitto, come proposto in dottrina[29]; se, invece, non si attribuisce alcun rilievo *tout court* ai redditi non dichiarati si finisce per confiscare anche dei redditi di natura assolutamente lecita, punendo in maniera sproporzionata solo l'evasione fiscale.

2.2. *La confisca dei proventi dell'evasione fiscale ex art. 2 ter l. 575/65: "frutto".*

L'orientamento in esame fa rientrare nell'ambito di applicazione della confisca *ex* art. 2 *ter* l. 575/65 (art. 24 cod. delle misure di prev.) i proventi del reato di evasione fiscale, in quanto frutto di attività illecita ("beni che risultino essere frutto di attività illecite").

Come bene evidenzia l'ordinanza in commento, inoltre, tale giurisprudenza non chiarisce "se tali redditi si identificano con l'intero imponibile al lordo dell'imposta dovuta ovvero (come parrebbe più corretto) solo con l'importo corrispondente all'imposta evasa". La *prima opzione sarebbe indiscutibilmente incostituzionale* in quanto comporterebbe, come sopra evidenziato, la confisca di redditi di origine lecita solo perché sottratti alla dichiarazione dei redditi; una forma di confisca, ancora una volta, non prevista dal legislatore (il concetto di frutto impone l'accertamento della provenienza illecita), al di fuori della *ratio* politico criminale che caratterizza l'istituto della confisca (garantire che il "crimine non paga") e le forme di confisca in esame, volte ad impedire l'illecito arricchimento della criminalità organizzata o, comunque, della criminalità di carattere professionale. In ogni caso si tratterebbe di una sanzione sproporzionata rispetto al reato in questione, l'evasione fiscale, e non commisurabile, come sopra evidenziato.

Nella seconda direzione, del resto, si pronuncia la giurisprudenza pressoché uniforme della Suprema Corte nell'individuare il concetto di profitto confiscabile del reato di evasione fiscale, come si esaminerà.

A tal proposito si deve osservare che le Sezioni Unite, se dovessero avvalorare tale orientamento, dovrebbero comunque imporre che nel concetto di frutto possa rientrare solo il *profitto* dell'evasione fiscale, che in questo caso, come sancito dalla Suprema Corte a Sezioni Unite nel caso Adami[30] in relazione alla confisca ex art. 1, comma 143, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, si identifica con l'imposta evasa, le "somme sottratte dal pagamento dell'imposta dovuta, e, pertanto, si connota come profitto-risparmio"[31] (l'istituto si applica, infatti, ai reati fiscali che determinano l'insorgere di un debito tributario)[32]; **si dovrebbe ammettere, però, che nel concetto di profitto del reato ai sensi dell'art. 2 *ter* non rientri solo il beneficio aggiunto di tipo patrimoniale derivante da reato, ma anche il profitto risparmio**. Ed evidentemente la Suprema Corte ritiene pacificamente che ciò sia possibile o, forse, ritiene che, non potendo il proposto sottrarre i beni alla confisca allegando redditi leciti, ma non dichiarati, tali redditi nel loro complesso risultino ingiustificati e quindi presunto *frutto*, evitando a monte il problema di ammettere la confisca dei proventi dell'evasione fiscale in termini di profitto risparmio.

Si può ricordare a tal proposito la questione che si è posta in relazione alla confisca in materia tributaria. Il legislatore ha introdotto la confisca per equivalente, ex art. 1, comma 143, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, proprio per compensare la pratica inoperatività delle or-

[29] Menditto, *Le misure di prevenzione*, cit., p. 334.

[30] Cass., Sez. un., 31 gennaio 2013, n. 18374, Adami e altro; Cass., Sez. III., 5 marzo 2013, n. 32799; Cass., Sez. VI, 14 novembre 2012, n. 11029.

[31] "*Il sequestro finalizzato alla confisca per equivalente va riferito nei reati tributari all'ammontare dell'imposta evasa, che costituisce un indubbio vantaggio patrimoniale direttamente derivante dalla condotta illecita e, in quanto tale, riconducibile alla nozione di profitto, costituito dal risparmio economico da cui consegue la effettiva sottrazione degli importi evasi alla loro destinazione fiscale*", così Cass., Sez. III, 23 ottobre 2012, n. 45849, Chierico, in *Guida al diritto*, 2013, 1, 81; conforme Cass., Sez. III, 23 gennaio 2013, n. 7078, Piccolo, con nota di Amato, *Reati tributari: nel sequestro ai fini della confisca l'importo non deve eccedere il valore del profitto*, in *Guida al diritto*, 2013, n. 12, 38; Trib. Milano, 20 aprile 2011, G.i.p. D'Arcangelo, n. 6733/10 R.G.N.R. – n. 7453/10 R.G.Gip.; Cass., 9 ottobre 2012, n. 42120, S.R., in *Diritto & Giustizia*, 31 ottobre 2012, con nota di Di Giacomo: "E' confiscabile qualunque illecito risparmio di imposta tra cui è ricompresa anche l'elusione del pagamento degli interessi e delle sanzioni amministrative sul debito tributario".

[32] L'art. 1, c. 143, della legge n. 244/2007 si applica ai soli reati previsti dagli artt. 2, 3, 4, 5, 8, 10 *bis*, 10 *quater* e 11 del D. Lgs. n. 74/2000. Cfr. Raggi, *La pace con il Fisco blocca il sequestro finalizzato alla confisca per equivalente?*, in *Corriere Tributario*, n. 40, 2012, p. 3124; Buccisano – Ingrao, *Confisca per equivalente e reati tributari: limiti di applicazione e coinvolgimento del professionista,* in *Dialoghi Tributari*, 2012, 4, p. 427.

dinarie ipotesi di confisca ai reati tributari[33]; sia la confisca facoltativa, sia quella obbligatoria, nel postulare la ricorrenza di un necessario rapporto di pertinenzialità tra "prodotto, profitto e prezzo", da un lato, e "reato", dall'altro, non sono apparse applicabili alla generalità dei reati tributari, perlomeno in tutte le ipotesi in cui i vantaggi illeciti fossero costituiti da un risparmio di spese dovute a titolo di mancato versamento (nella maggior parte dei casi), ovvero di rimborso, qualora, ad esempio, nella dichiarazione fraudolenta sia esposto un credito in tutto o in parte inesistente. **Tale genere di profitti, infatti, non possono adattarsi al concetto di 'provenienza da reato' dal momento che coincidono con beni già presenti nel patrimonio del reo**; non sarebbe possibile dimostrare il rapporto di pertinenzialità intercorrente tra profitto e reato, come sottolineato anche dalle Sezioni Unite[34], e la necessità di individuare in concreto il denaro risparmiato per effetto del reato darebbe inevitabilmente spazio a "collegamenti esclusivamente congetturali, che potrebbero condurre all'aberrante conclusione di ritenere, in ogni caso e comunque legittimo il sequestro del patrimonio di qualsiasi soggetto venga indiziato di illeciti tributari (...) dovendo al contrario essere tenuta ferma l'esigenza di una diretta derivazione causale dell'attività del reo intesa quale stretta correlazione con la condotta illecita"[35].

Anche se la confisca misura di prevenzione non richiede l'accertamento del nesso causale con specifici reati, richiede la "*provenienza*" delittuosa, implicita nel concetto di frutto, tranne che tale concetto venga interpretato in maniera ampia facendovi rientrare qualunque vantaggio patrimoniale connesso ad attività illecita. Paradossalmente si presta maggiormente alla confisca del profitto risparmio l'ipotesi dei beni di valore sproporzionato, perché comunque i proventi dell'evasione, nella misura dell'imposta evasa, rappresentano reddito sproporzionato, lo scompenso tra redditi leciti e situazione patrimoniale del reo. Si può precisare, infine, che la confisca per equivalente è ammessa dall'art. 2 *ter*, c. 10, – introdotto con il d.l. n. 92/2008 (art. 25 del codice delle mis. di prev.), quando "la persona nei cui confronti è proposta la misura di prevenzione disperde, distrae, occulta o svaluta i beni al fine di eludere l'esecuzione dei provvedimenti di sequestro o di confisca su di essi" (art. 2 *ter*, c. 10) o «quando i beni non possano essere confiscati in quanto trasferiti legittimamente, prima dell'esecuzione del sequestro, a terzi in buona fede»: entrambe le ipotesi non prevedono, in generale, la confisca per equivalente dei beni di valore sproporzionato o di origine illecita, ma si limita l'applicazione dell'istituto all'ipotesi in cui il proposto abbia la finalità di eludere l'esecuzione dei provvedimenti di sequestro o confisca; tanto è vero che si propone la riforma della norma nel "Rapporto della Commissione Garofoli per l'elaborazione di proposte in tema di lotta, anche patrimoniale, alla criminalità, istituita dal Presidente del Consiglio con decreto del 7 giugno 2013"[36].

L'art. 12 *sexies* d.l. 306/92 prevede, invece, che laddove non sia possibile infliggere la confisca *dei beni di valore sproporzionato* ad un soggetto condannato per i delitti di cui al c. 2 dell'art. 12 *sexies*, sarà possibile confiscare *altri beni di valore equivalente a quelli di valore sproporzionato* che dovevano essere confiscati; se nel concetto di bene o cespiti patrimoniali di valore sproporzionato rientrano anche i proventi dell'evasione fiscale, sarebbero comunque confiscabili per equivalente.

Nella prassi non si pone normalmente il problema se sia confiscabile il profitto risparmio, perché la confisca *ex* art. 2 *ter* viene applicata a beni o compendi di beni in base ad una mera prova indiziaria (se si interpreta più rigorosamente il risultino[37]) o sufficienti indizi di origine illecita, consistenti più nella mancanza di prove di risorse o attività che possano giustificare

[33] Fermo restando che la confisca per equivalente poteva già essere applicata per i reati tributari transnazionali a partire dall'entrata in vigore della legge 16 marzo 2006, n. 146, che all'art. 11 contempla la confisca anche per equivalente.

[34] Cass., Sez. un., 9 luglio 2004, n. 29951, Curatela fallimentare in proc. Focarelli, in *Il Fisco*, 2004, 43, p. 7355.

[35] In questo settore la confisca veniva ammessa solo nelle limitate ipotesi in cui il profitto derivasse dal conseguimento di un indebito rimborso, come ad esempio, qualora nella dichiarazione fraudolenta fosse esposto un credito d'imposta in tutto o in parte inesistente, fraudolentemente maturato e non compensato, cfr. Potetti, *La disponibilità dei beni nella confisca per equivalente per i reati tributari*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2012, 597; Magro, *In tema di profitto confiscabile (a proposito del mancato pagamento della sanzione tributaria)*, in *Arch. Pen.*, 2013, 189; Frustagli, *Il sequestro e la confisca per equivalente nei reati tributari "nazionali" e "transnazionali" e la schermatura dei patrimoni*, in *Riv. pen.*, 2013, 141 ss.

[36] Pubblicato in *Dir. pen. cont.*, 20 febbraio 2014.

[37] Maugeri, *La riforma delle sanzioni patrimoniali: verso un* actio in rem?, in Mazza-Viganò, *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica (d.l. 23 maggio 2008, n. 92 conv. in legge 24 luglio 2008, n. 125)*, Torino, 2008, p. 155 ss.; Id., *Dalla riforma delle misure di prevenzione patrimoniali alla confisca generale dei beni contro il terrorismo*, in Mazza-Viganò, *Il "Pacchetto sicurezza" 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94),* Torino, 2009, p. 463 ss.; Maugeri, *La confisca misura di prevenzione ha natura "oggettivamente sanzionatoria" e si applica il principio di irretroattività: una sentenza "storica"?*, in questa *Rivista*, 2013, 4, p. 352 ss. e in *Dir. pen. cont.*, 26 luglio 2013, p. 40.

l'origine lecita dei beni, che in un effettivo accertamento in positivo di tale origine illecita.

Non sembra, infine, condivisibile l'orientamento in esame laddove ritiene confiscabili i proventi dell'evasione fiscale anche qualora siano entrati a far parte legittimamente del patrimonio del proposto in seguito alla sua adesione a condoni o, comunque, procedure conciliative dal punto di vista tributario. Una volta che attraverso l'accesso a specifiche procedure la pretesa tributaria è venuta meno, l'illiceità di tale proventi dovrebbe parimenti venire meno per un principio di unità e coerenza dell'ordinamento giuridico; in tale direzione la Suprema Corte, invero, ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 322 *ter* cod. pen. e art. 1, c. 143 l. n. 244/2007 per la parte in cui, nel prevedere la confisca per equivalente anche per i reati tributari, "contrasterebbero, nel caso di sanatoria della posizione debitoria con l'Amministrazione finanziaria, con gli artt. 23 e 25 Cost., in quanto la restituzione all'Erario del profitto del reato fa venir meno lo scopo principale perseguito con la confisca, escludendo la temuta duplicazione sanzionatoria"; la Corte precisa, infatti, che "la confisca per equivalente – quale che sia la sua natura giuridica – ha la finalità di impedire che l'impiego economico dei beni di provenienza delittuosa possa consentire al colpevole di garantirsi il vantaggio che era oggetto specifico del disegno criminoso. La determinazione del profitto suscettibile di confisca coincide, quindi, con l'ammontare dell'imposta evasa. Pertanto, la sanatoria della posizione debitoria con l'amministrazione finanziaria fa venir meno lo scopo principale che si intende perseguire con la confisca. Ne consegue che la restituzione all'erario del profitto derivante dal reato elimina in radice lo stesso oggetto sul quale dovrebbe incidere la confisca. In caso contrario si avrebbe appunto un'inammissibile duplicazione sanzionatoria, in contrasto col principio che l'espropriazione definitiva di un bene non può mai essere superiore al profitto derivato dal reato"[38].

La questione che qui viene in gioco anche se non espressamente, ma che in realtà è sottesa alla diatriba giurisprudenziale in esame, attiene a due diverse visioni della confisca antimafia, e cioè si tratta di decidere **se essa debba consentire solo la confisca dei proventi dell'attività mafiosa o comunque dell'attività criminale qualificata (art. 1 l. 575/65 e art. 16 cod. mis. di prev.), oggetto di indizi e alla base del giudizio di pericolosità sociale (anche se non più attuale),** e quindi solo dei beni acquisiti in correlazione temporale con la sospetta attività illecita, oppure **sia possibile confiscare beni di origine illecita comunque rientranti nel patrimonio del proposto, qualunque sia la loro origine illecita e il momento dell'acquisizione**. La giurisprudenza più garantista chiedeva[39] e continua a chiedere[40], in realtà, anche dopo la riforma delle misure di prevenzione patrimoniali, la correlazione temporale tra il momento di acquisizione dei beni e la pericolosità sociale e quindi l'attività illecita indiziata, **cercando attraverso**

[38] Cass., Sez. III, 1 dicembre 2010, n. 10120, Provenzale, in *Mass. Uff.*, n. 249752; conforme Cass., 23 ottobre 2012, n. 45847; D'Avirro, *Reati tributari commessi dall'amministratore e confisca di valore dei beni dell'ente*, nota a Cass., 19 settembre 2012, n. 1256, P.a. e altro, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, p. 471. Su tali questioni sia consentito il rinvio a Maugeri, *La responsabilità da reato degli enti: il ruolo del profitto e della sua ablazione nella prassi giurisprudenziale. Spunto per una riflessione sul recente uso spregiudicato della confisca come strumento punitivo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2013, 4, in corso di pubblicazione.

[39] Cass., 21 aprile 2011, n. 27228, Cuozzo, Rv. 250917; Cass., 9 febbraio 2011, n. 6977, B. e altro, in *Dejure*; Cass., 15 gennaio 2010, Quartararo, in *Foro it. Rep.*, 2010, voce *Misure di prevenzione*, n. 39; Cass. 15 dicembre 2009, n. 2269, in *Dejure*; Cass., Sez. I, 4 giugno 2009, n. 35175, *ivi*; Cass. 29 maggio 2009, n. 35466, *ivi*; Cass., sez. I, 11 dicembre 2008, n. 47798, C., in *Cass. pen.*, 2009, 10, p. 3977; Cass., 8 aprile 2008, n. 21717, Failla e altro, Rv. 240501; Cass., 23 gennaio 2007, n. 5248, G., in *Cass. pen.*, 2008, 1174; Cass., sez. I, 5 ottobre 2006, Gashi, n. 35481, Rv. 234902. Cfr. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001 (nel prosieguo Maugeri, *op. cit.*), pp. 625 – 695, che ritiene che tale orientamento rende la confisca in esame maggiormente conforme ai principi di proporzione e di presunzione d'innocenza, in quanto il suo accertamento rende meno onerosa per il proprietario la contro-prova dell'origine lecita dei suoi beni e, in conformità alla presunzione d'innocenza come regola dell'esclusività dell'accertamento della colpevolezza in sede processuale, alleggerisce il rischio che si debbano subire le conseguenze di fatti non accertati, - rischio intrinsecamente connesso al mero carattere indiziario dello stesso accertamento di pericolosità e, quindi, della partecipazione ad organizzazione od attività criminali. Cfr. Di Lena, *In tema di confisca per possesso ingiustificato di valori*, in *Ind. Pen*. 1999, 1222.

[40] Cass., Sez. I, 11 dicembre 2012, n. 2634, C. e altro, in *Dejure*; Trib. Napoli, sez. ap. mis. prev., 6 luglio 2011 (dep.), Pres. ed est. Menditto, in *Dir. pen. cont.*, 23 settembre 2011: "Questo Tribunale (cfr. decreto n. 276/2010 del 5.11/9.12.10), nell'esaminare il tema dell'operatività del principio di applicazione disgiunta introdotto dal d.l. 92/08, conv. in l. 125/92, ha avuto modo di affermare che *deve ritenersi più rispondente al sistema della prevenzione la necessaria correlazione temporale fra gli indizi di carattere personale sull'appartenenza del soggetto ad una associazione di tipo mafioso (ovvero di manifestazione della pericolosità per le varie categorie di persone nei confronti delle quali è oggi consentita la misura patrimoniale) e l'acquisto dei beni, dovendo verificarsi se i beni da confiscare siano entrati nella disponibilità del proposto, non già anteriormente, ma successivamente o almeno contestualmente al suo inserimento nel sodalizio criminoso (ovvero alla manifestazione della pericolosità). L'organo inquirente deve provare…..3. che il valore dei beni sequestrati sia sproporzionato al reddito dichiarato o all'attività economica svolta dal proposto, ovvero siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego….Orbene, la lettura coordinata delle suddette norme, pone in evidenza che, per la legge, ciò che rileva ai fini della confisca, è solo la prova della pericolosità e della illegittima provenienza dei beni (sentenza* n. 20906/09)".

la correlazione temporale di recuperare quel legame con l'attività illecita che si teme di vanificare, rendendo ingiustificabile la confisca in esame, perlomeno se non si richiede una vera e propria prova, nella forma indiziaria, dell'origine illecita (la stessa Suprema Corte, del resto, anche laddove ammette che si possa prescindere dall'accertamento della correlazione temporale, ribadisce più vigorosamente la necessità della prova dell'origine illecita dei beni da confiscare, così riconoscendo che la rinunzia all'accertamento della correlazione temporale, che rappresenta un significativo indizio dell'origine illecita, deve rappresentare l'*ultima ratio* e in sua mancanza si deve pretendere in maniera ancora più rigorosa la prova indiziaria dell'origine illecita dei beni da confiscare, che comunque andrebbe richiesta)[41].

Una parte della giurisprudenza della Suprema Corte ribadisce in particolare la necessità della correlazione temporale proprio in relazione all'ipotesi di confisca dei beni frutto o reimpiego, fondata sugli indizi di origine illecita dei beni, distinguendo, invece, l'ipotesi in cui la confisca viene applicata in considerazione della pericolosità sociale, anche se risalente, e della *mera sproporzione* tra il valore del bene e la situazione reddituale del proposto al momento dell'acquisto[42], fermo restando che anche in quest'ultima ipotesi non si considera «*il dato temporale del tutto neutro agli effetti dello scrutinio che il giudice della prevenzione deve condurre*», ma lo si considera rilevante sotto il profilo probatorio, richiedendo non «un accertamento positivo" della correlazione, ma perlomeno l*a mancanza di un eccessivo iato temporale tale da scardinare la presunzione di illecita accumulazione patrimoniale fondata sui due elementi della pericolosità sociale, anche se risalente, e della sproporzione*[43]. Anche in relazione ai beni di valore sproporzionato emerge l'esigenza, sempre attraverso la correlazione temporale, di salvaguardare la **fondatezza della presunzione di illecita accumulazione dall'attività criminale qualificata**.

2.3. *La confisca dei proventi dell'evasione fiscale reinvestiti: il reimpiego.*

L'orientamento giurisprudenziale in esame ammette pacificamente la confisca ai sensi dell'art. 2 *ter* l. 575/65 dei proventi dell'evasione fiscale, che siano stati investiti in altri beni, in quanto rientranti nel concetto di **reimpiego**[44]; tale ipotesi induce, addirittura, come esaminato, a ipotizzare la necessità di confiscare interi compendi aziendali laddove i proventi illeciti siano stati investiti in un'impresa perché non sarebbe più possibile distinguere lecito dall'illecito[45], in maniera corrispondente a quanto ipotizzato con il pericolosissimo concetto di "impresa mafiosa", che viene utilizzato non solo per confiscare imprese nella diretta disponibilità dell'organizzazione mafiosa e gestite avvalendosi del metodo mafioso[46], ma piuttosto attività imprenditoriali in qualche modo considerate contaminate in base al giudizio di pericolosità sociale, indipendentemente da quale sia l'origine del patrimonio o la porzione degli interessi

[41] La Suprema Corte richiede "*un protocollo valutativo* che dia contezza: - in primo luogo, del perché debba ravvisarsi una matrice illecita specifica dei beni confiscati …, anche, ma non esclusivamente, in ragione dell'epoca della genesi di ognuno di essi" Cass., Sez. VI, 24 febbraio 2011, n. 25341, Meluzio, in *Dir. pen. cont.*, 30 giugno 2011; Cass., 12 dicembre 2007 (22 gennaio 2008), Giammanco N. e Mineo V., n. 3413; in tale direzione, almeno in parte, la Suprema Corte - Cass., 11 dicembre 2008, n. 47798, C. e altro, in *Dejure*. In tale direzione Cass., 4 febbraio 2010, Quartararo, Rv. 246084. Cfr. Maugeri, *La confisca misura di prevenzione ha natura "oggettivamente sanzionatoria"*, cit., p. 43 ss.; Id., *Dalla riforma delle misure di prevenzione patrimoniali alla confisca generale dei beni contro il terrorismo*, cit., p. 473; Id., *Profili di legittimità costituzionale delle sanzioni patrimoniali (prima e dopo la riforma introdotta dal decr. n. 92/2008): la giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Suprema Corte*, in Cassano (a cura di), *"Gli strumenti di contrasto ai patrimoni di mafia"*, Bari, 2009, 39 ss.; conforme Gialanella, *Un problematico punto di vista sui presupposti applicativi del sequestro e della confisca di prevenzione dopo le ultime riforme legislative e alla luce della recente giurisprudenza di legittimità*, in Fiandaca – Visconti, *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, Torino, 2010, p. 386 s.

[42] Cass., Sez. II, 15 gennaio 2013, Castello e altri, n. 3809, Rv. 254512, p. 9.

[43] «è pur sempre necessario postulare che tra l'acquisizione dei beni e la condizione di «appartenenza» non sia ravvisabile uno iato temporale di dimensioni tali da «scardinare» la *correlabilità tra la condizione soggettiva di indiziato di "mafiosità" con l'intima ragion d'essere di quella presunzione di illecita accumulazione di beni di cui si è detto, giacché, altrimenti, i due parametri di "sospetto" (quello della condizione soggettiva, e quello riguardante l'origine dei beni) cesserebbero di essere requisiti "concorrenti" ai fini della applicazione della misura, per diventare condizioni indipendenti e logicamente scoordinate fra loro*».

[44] Cass., Sez. II, 6 maggio 1999, Sannino, n. 2181, Rv. 213853, che ha riconosciuto la legittimità del provvedimento di confisca dei beni appartenenti al proposto che ne aveva giustificato il possesso dichiarando di averli acquistati con i proventi dell'evasione delle imposte sui redditi e sul valore aggiunto; conforme Cass., Sez. VI, 23 gennaio 1998, n. 258, Rv. 210834; Cass., Sez. VI, 27 maggio 2003, n. 36762, Lo Iacono ed altro, Rv. 226655, in *Cass. Pen.*, 2005, m. 115; Cass., Sez. II, 27 marzo 2012, n. 27037, in *Dejure*; Cass., Sez. I, 17 maggio 2013, n. 39204, Rv. 256140, *ivi*.

[45] Menditto, *Le misure di prevenzione*, cit., p. 337.

[46] Cass., 10 gennaio 2007, n. 5640, Schimmenti.

di origine illecita.

Questo orientamento è pericolosissimo in quanto trasforma la confisca del frutto o reimpiego ex art. 2 *ter* l. 575/65 in una forma **di confisca generale dei beni**, una sorta di pena patrimoniale sproporzionata *in palese violazione del principio di legalità* e *della tutela costituzionale della proprietà privata*, nonché dello stesso principio di proporzione[47].

Sia consentito, allora, ricordare subito che contro la tentazione di una simile dilatazione dell'ambito di applicazione delle forme di confisca in esame, la Suprema Corte si è ripetutamente pronunciata, sancendo che "poiché il reimpiego avviene mediante addizioni, accrescimenti, trasformazioni o miglioramenti dei beni già nella legittima disponibilità del soggetto, l'effetto ablativo deve essere limitato al valore del bene acquisito in conseguenza del reimpiego e, cioè, all'incremento patrimoniale ingiustificato"[48]; si precisa, infatti, che "esiste invece la necessità di stabilire i limiti di operatività dell'effetto ablativo nelle ipotesi in cui il reimpiego del denaro, proveniente da fonte sospetta di illiceità penale, avvenga mediante addizioni, trasformazioni o miglioramenti di beni già nella lecita disponibilità, esigenze di rispetto del *principio di proporzione e del diritto di proprietà*, *ex* art. 42 Cost., imporrebbero di restringere l'ambito di applicazione della confisca in esame alla quota ideale del bene, rapportata al maggiore valore assunto per effetto del reimpiego dei profitti illeciti, e valutata al momento della confisca"[49].

La Suprema Corte sottolinea da ultimo non solo che "l'acquisizione non avrebbe potuto essere indiscriminata, ma avrebbe dovuto essere limitata, *pro quota,* solo agli incrementi effettivamente imputabili all'apporto di illecite risorse finanziarie", ma anche l'esigenza di "**un'analisi selettiva, per differenziare quanta parte di redditività possa ragionevolmente imputarsi alla fruibilità** (e conseguente utilità economica) **di illeciti apporti finanziari e quanta parte possa, viceversa, ritenersi risultato economico di disponibilità finanziarie lecite e legittimamente investite**", con l'invito a compiere tale "attività di rivisitazione ..**sulla base di dati economici-finanziari di sicuro affidamento**"[50].

Nel settore in esame, relativo ai proventi dell'evasione fiscale, la necessità di tale delimitazione diventa ancora più stringente per evidenti ragioni di opportunità politico criminale. In ogni caso, anche la Direttiva relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato nell'Unione europea, nella versione approvata dal Parlamento europeo il 25 febbraio del 2014 (non ancora dal Consiglio)[51], nel definire il concetto di profitto del reato nel considerando n. 11, precisa che nel caso di commistione dei proventi del reato con beni di origine lecita, sarà possibile confiscare nel rispetto del limite del valore dei proventi illeciti ("***Thus proceeds can include any property including that which has been transformed or converted, fully or in part, into other property, and that which has been intermingled with property acquired from legitimate sources, up to the assessed value of the intermingled proceeds").***

[47] Maugeri, *Dalla riforma delle misure di prevenzione patrimoniali alla confisca generale dei beni contro il terrorismo*, cit., p. 425; Id., *Dall'*actio in rem *alla responsabilità da reato delle persone giuridiche: un'unica strategia politico criminale contro l'infiltrazione criminale nell'economia*?, in Visconti-Fiandaca, *Scenari attuali di mafia. Analisi e strategie di intervento*, Torino, 2010, pp. 297 ss.; da ultimo Id., *La confisca* ex *art. 3* quinquies *l. 575/65: la nozione di agevolazione e l'oggetto della confisca (decreto Tribunale di Palermo, Martello 2009)*, in *Dir. pen. cont.*, 29 giugno 2011.

[48] Cass., 28 marzo 2002, Ferrara, in *Cass. pen*., 2003, p. 611 s..

[49] Cass. pen., Sez. VI, 24 febbraio 2011 (dep. 14.3.2011), n. 10219; Cass., Sez. VI, 28 marzo 2007 (dep. 24 luglio 2007), n. 30131, Rv. 237327, Frangiamore; Cass., 2 marzo 1999, Morabito, Rv. 214781; Cass., 24 gennaio 1995, n. 544, Laudani, in *Cass. pen.*, 1996, 922; Cass. 22 febbraio 2012 (dep. 24 maggio 2012), n. 19623, Spinelli; Cass., Sez. VI, 24 febbraio 2011, n. 25341, Meluzio; Cass., 4 luglio 2007, n. 33479, Richichi; Cass., 24 gennaio 1995, n. 544, Laudani, in *Cass. pen.*, 1996, 922; "il provvedimento ablativo deve essere rispettoso del generale principio di equità e, per non contrastare il principio costituzionale di cui all'art. 42 Cost., non può coinvolgere il bene nel suo complesso, ma, nell'indispensabile contemperamento delle generali esigenze di prevenzione e difesa sociale con quelle di garanzia della proprietà privata, deve essere limitato al valore del bene, proporzionato all'incremento patrimoniale ingiustificato per il reimpiego in esso effettuato di profitti illeciti: il che si realizza mediante la confisca della quota ideale del bene, rapportata al maggior valore assunto per effetto del reimpiego e valutata al momento della confisca", Cass. 22 febbraio 2012 (dep. 24 maggio 2012), n. 19623, Spinelli; Cass., sez. VI, 24 febbraio 2011, n. 25341, Meluzio; Cass., 4 luglio 2007, n. 33479, Richichi; Cass., 24 gennaio 1995, n. 544, Laudani, in *Cass. pen.* 1996, 922.

[50] Cass., Sez. V, 25 gennaio 2012, n. 17739, *Richichi – Vadalà*; cfr. Trib. Napoli, sez. app. mis. prev., 6.7.2011 (dep.), Pres. ed est. Menditto.

[51] P7_TA-PROV(2014)0120, *Freezing and confiscation of proceeds of crime*, *European Parliament legislative resolution of 25 February 2014 on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the freezing and confiscation of proceeds of crime in the European Union (COM(2012)0085 – C7-0075/2012 – 2012/0036(COD))*. Sulla versione della Proposta emendata dalla Commissione LIBE – Relazione sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato nell'Unione europea (COM(2012)0085 – C7-0075/2012 – 2012/0036(COD) da parte della Commissione *LIBE*, A7-0178/2013, 20 maggio 2013, in *http://www.europarl.europa.eu/sides/get* –, cfr. Maugeri, *L'*actio in rem *assurge a modello di "confisca europea" nel rispetto delle garanzie Cedu?,* in *Dir. pen. cont.*, 17 luglio 2013, e in questa *Rivista*, 2013, 3, p. 252 ss.; Mazzacuva, *La posizione della Commissione LIBE del Parlamento europeo alla proposta di direttiva relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato*, in *Dir. pen. cont.*, 16 luglio 2013.

3. Il recente orientamento della Suprema Corte in materia di confisca *ex* art. 12 *sexies* d.l. 306/92: la rilevanza dei redditi leciti, ma non dichiarati fiscalmente, per accertare la sproporzione.

In base ad un recente e condivisibile orientamento la Suprema Corte ritiene che ai fini della valutazione del *valore sproporzionato* dei beni da confiscare *ex* art. 12 *sexies* d.l. 306 del 1992, presupposto che deve essere accertato dall'accusa ai fini della confisca, si devono prendere in considerazione anche i redditi leciti non dichiarati al fisco e quindi oggetto di evasione fiscale, in base alla considerazione – avanzata da tempo dalla dottrina – che la norma in questione richiede la sproporzione tra i beni e il reddito o l'attività economica, intendendo anche l'attività economica lecita non dichiarata e lo stesso dovrebbe valere per la confisca misura di prevenzione[52].

In una delle prime significative pronunce in tale direzione la Suprema Corte argomenta in base alla *ratio* della forma di confisca in esame e all'argomento testuale sopra evidenziato, precisando che: " Se il presupposto di operatività dell'istituto di cui al D.L. n. 306 del 1992, art. 12 *sexies*, è la presunzione di illiceità della provenienza delle risorse patrimoniali di un dato soggetto, appare evidente che ove le fonti di produzione del patrimonio siano identificabili, siano lecite, e ne giustifichino la titolarità in termini non sproporzionati ad esse, è irrilevante che tali fonti siano identificabili nei redditi dichiarati a fini fiscali piuttosto che nel valore delle attività economiche che tali entità patrimoniali producano, pur in assenza o incompletezza di una dichiarazione dei redditi. Diversamente, si verrebbe a colpire il soggetto, espropriandosene il patrimonio, non per una presunzione di illiceità, in tutto o in parte, della sua provenienza ma per il solo fatto della evasione fiscale; condotta, questa, che all'evidenza non può dirsi riconducibile allo spirito e alla *ratio* dell'istituto in questione, che mira a colpire i proventi di attività criminose e non a sanzionare la infedele dichiarazione dei redditi, che si colloca in un momento successivo rispetto a quello della produzione del reddito, e per la quale soccorrono specifiche norme in materia tributaria, non necessariamente implicanti responsabilità penali. Una simile interpretazione è del resto confortata dal tenore letterale della disposizione, che impedisce l'ablazione del patrimonio quando, indifferentemente, esso sia giustificato dal valore dei redditi formalmente dichiarati ovvero dall'attività economica svolta, quest'ultima normalmente produttiva di reddito imponibile"[53].

Nella medesima direzione si precisa che non è condivisibile l'orientamento che per la ricorrenza del presupposto della sproporzione ritiene "sufficiente uno solo dei detti parametri di sproporzione, con l'effetto che sarebbero assoggettabili a confisca beni di valore non proporzionato ai redditi dichiarati, anche se proporzionati all'attività svolta" e si richiama sempre la *ratio* della forma di confisca in esame precisando che "Diversamente opinando, si finirebbe per penalizzare il soggetto sul piano patrimoniale non per la provenienza illecita delle risorse accumulate, ma per l'evasione fiscale posta in essere, condotta antigiuridica quest'ultima che, pur sanzionabile sotto il profilo fiscale, esula dalla *ratio* e dal campo operativo dell'istituto previsto dal richiamato art. 12 *sexies*"[54]. Ancora in una più recente pronuncia, oltre al richiamo alla *ratio* della norma, si ribadisce che debba"*escludersi che, in presenza di fonti lecite e proporzionate di produzione, quali esse siano, di dette risorse, possa farsi ricorso alla misura di cui si discute*. Non rileva che tali fonti siano costituite dal reddito dichiarato ai fini fiscali ovvero dal giro di affari comunque connesso all'attività economica svolta, anche se non evidenziato, in toto o in parte, nella dichiarazione dei redditi", atteso che "la non proporzionalità del primo finisce con

[52] Cass., Sez. VI, 31 maggio 2011 (dep. 26 luglio 2011), n. 29926, ric. Tarabugi e altri, Rv. 250505, con nota di Menditto, *Sulla rilevanza dei redditi non dichiarati al fisco ai fini del sequestro e della confisca di cui all'art. 12-sexies del d.l. n. 306/92, conv. dalla l. n. 356/92*, in *Dir. pen. cont.*, 15 dicembre 2011; conforme Cass., Sez. VI, 15 dicembre 2011, n. 21265, Bianco, Rv. 252855. Conformi Cass., Sez. I, 22 gennaio 2013, n. 6336, Mela – Spensierato, Rv. 254532; Cass., sez. VI, 24 ottobre 2012, n. 44512; Cass., 28 novembre 2012, n. 49876, Rv. 253956.

[53] Cass., Sez. VI, 31 maggio 2011 (dep. 26 luglio 2011), n. 29926, ric. Tarabugi e altri, Rv. 250505. Nella medesima direzione Cass. Sez. VI, 15 dicembre 2011 (dep. 1 giugno 2012), n. 21265, Bianco, Rv. 252855; Cass., Sez. VI, 28 novembre 2012, n. 49876, Scognamiglio, in *Dejure*; Cass., Sez. III, 20 febbraio 2013 (dep. 3 maggio 2013), n. 19095, *ivi*; Cass., Sez. I, 28 maggio 2013 (dep. 20 giugno 2013), Guarnieri Amelia, n. 27189, *ivi*.

[54] Cass., Sez. VI, 15 dicembre 2011, n. 21265, Bianco, Rv. 252855; conforme Cass., Sez. VI, 24 ottobre 2012 (15 novembre 2012), n. 44512, Giacobbe.

l'essere superata dalla proporzionalità del secondo"[55].

Si attribuisce, quindi, rilevanza al procedimento contemplato dalla l. n. 488 del 1999, avendo «il ricorrente (come annotato dalla stessa ordinanza impugnata) documentato di aver aderito alla procedura di adeguamento delle esistenze iniziali dei beni a norma della L. n. 488 del 1999, art. 7 mediante versamento delle relative imposte, conseguendo l'effetto di privare del connotato di illiceità fiscale le somme costituenti valori delle rimanenze indicate nella verifica fiscale del 2000, menzionata nel provvedimento impugnato»[56].

In tale direzione, ancora, la Suprema Corte sembra prendere in considerazione anche il reddito non dichiarato laddove affermava che "alla luce di una lettura costituzionalmente orientata del predetto art. 12 *sexies*, *qualora l'imputato dimostri in modo serio la titolarità di un bene e di attività economiche che superino di fatto l'immagine reddituale rappresentata al fisco, il giudice deve tenere conto di tale realtà nel suo libero convincimento*, anche considerando che la previsione in questione richiede che si tratti di beni di cui l'imputato non possa giustificare la provenienza, con la conseguenza che sulle giustificazioni fornite dall'interessato deve essere fornita puntuale e adeguata motivazione (Cass., sez. V, 25.09.2007, n. 39048)"[57].

"In presenza della sproporzione tra redditi dichiarati dall'imputato o proventi della sua attività economica e consistenza economica dei beni confiscati sia onere dell'imputato esporre una giustificazione credibile, ossia la prova positiva della provenienza di quei beni o delle sostanze necessarie all'acquisto o alla costruzione degli stessi (cfr. Cass. Sez. Un. 17 dicembre 2003, n. 920). Con la precisazione che i termini di raffronto dello squilibrio, nella norma di legge in via alternativa, nel reddito dichiarato o nell'attività economica svolta: di modo che, in presenza di reddito dichiarato, ossia di un dato ufficiale, il giudice non deve ulteriormente indugiare in una indagine sulla sproporzione che risulta già acclarata dal dato documentale *a meno che l'imputato non dimostri in modo serio la titolarità di un'attività economica che superi di fatto l'immagine reddituale rappresentata al fisco: nel qual caso il giudice deve adeguatamente motivare il suo convincimento anche con riguardo a tale dato della realtà* (Cfr. Cass. Pen., Sez. V, 25 settembre 2007, n. 39048). Può dunque concludersi che il ragionamento della Corte d'Appello si svolge in maniera logica e coerente, con dettagliata considerazione di tutte le premesse armonicamente confluenti in un esito maturato in rigorosa applicazione del principio di diritto pronunciato da questa Corte, disattendendo le giustificazioni sulla sproporzione fornite dall'imputato giudicandole con impeccabile percorso argomentativo non credibili (così le testimonianze sulla manodopera gratuita per venti anni) o irrilevanti (perché integrate da mere supposizioni: così per l'argomento sulla probabile evasione fiscale)"[58].

Da quest'ultima sentenza emerge, quindi, non solo che il giudice deve tenere conto di *un'attività economica che superi di fatto l'immagine reddituale rappresentata al fisco*, ma anche che la difesa deve dimostrare in maniera rigorosa tale attività. La Suprema Corte, infatti, ha avuto occasione di precisare, in maniera assolutamente condivisibile, che la difesa debba fornire in modo rigoroso la difficile prova in questione «*trattandosi di redditi sottratti al fisco, (e dunque illeciti di per sé e autonomamente aggredibili, in quanto tali, con confisca, ….) non …. denunciati sicché il loro effettivo introito risulta di difficile comprovazione*[59]»; il reo deve superare la prova della sproporzione fornita dall'accusa con una rigorosa prova, allora, del carattere lecito dei redditi sottratti al fisco, prova non sempre agevole proprio perché spesso tale situazione reddituale non è documentata (salva una sorta di contabilità parallela).

Tale posizione è condivisa in dottrina laddove si evidenzia che l'espresso riferimento normativo oltre che "al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito", "alla propria attività economica", indica chiaramente che il legislatore vuole prendere in considerazione il reddito effettivamente prodotto, a prescindere dunque che sia stato anche dichiarato e, quindi,

[55] Cass., Sez. I, 28 maggio 2013 (dep. 20 giugno 2013), n. 27189, Guarnieri Amelia, in *Dejure*.
[56] Cass., Sez. I, 22 gennaio 2013 (dep. 8 febbraio 2013), n. 6336, Mele e altro, cit.
[57] Cass., Sez. I, 4 maggio 2011, n. 22712, in *Dejure*; Cass., 8 luglio 2011, n. 33797, *ivi*.
[58] Cass., Sez. II, 7 novembre 2011, n. 40048.
[59] Cass., Sez. I, 28 maggio 2013 (dep. 20 giugno 2013), Guarnieri Amelia, n. 27189, in *Dejure*, che precisa: «L'accertamento testimoniale, chiamato in via di surroga a fornire quella prova documentale che risulta mancante, tuttavia, proprio perché interveniente *ex post* a supplire una dichiarata irregolarità fiscale, deve essere oggetto, come accaduto nella fattispecie, di un pregnante vaglio da parte del giudice di merito potendo dette prove dichiarative infatti essere espressione di quella medesima capacità deviante che aveva indotto il soggetto a evadere quegli stessi cespiti della cui esistenza ora ha interesse a provare solo perché ritiene conveniente farlo».

innanzitutto la lettera della legge che impone tale interpretazione[60]. La previsione legale per cui la sproporzione deve sussistere non solo rispetto ai redditi denunciati ai fini delle imposte, ma anche rispetto all'attività economica comunque svolta dal soggetto, precluderebbe, infatti, l'assimilazione tra il reddito oggetto di evasione fiscale e il reddito di origine illecita in quanto altrimenti la norma richiederebbe la sproporzione cumulativamente rispetto al duplice parametro della quantità di reddito denunciata e della quantità di reddito avente fonte in attività economiche lecite anche se taciute al Fisco[61]; la concorrenza dei due parametri consente al reo di giustificare la proporzione invocando indifferentemente redditi formalmente dichiarati o redditi, coerenti con l'attività economica, non dichiarati al fisco[62]

La *ratio* della confisca allargata, la sottrazione dei proventi di origine criminale, impone, allora tale interpretazione; laddove si tratti dei redditi di attività lecita anche se non dichiarata ai fini fiscali, non si tratta di proventi di origine illecita: l'evasione fiscale non rende "criminale" l'attività economica fonte dei redditi evasi.

I redditi occultati al fisco sono redditi geneticamente leciti, poiché l'illecito è successivo alla produzione del reddito, purché provenienti da attività lecite e comprovate nella loro consistenza; raggiunta la prova dell'esistenza e della consistenza del reddito occultato, sia di fronte ad ipotesi delittuose tributarie, sia di fronte a meri illeciti amministrativi, l'autorità giudiziaria potrà provvedere a rilevare le rimanenze suscettibili di tassazione d'ufficio, eventualmente stimolando le idonee interazioni tra uffici tributari e pubblica accusa. Tale conclusione discenderebbe anche dalla normativa sulla tassazione dei proventi illeciti non sottoposti a confisca (art. 36, co. 34-*bis* d.l. n. 223/06, conv. dalla l. n. 248/06; art. 14, co. 4, l. n. 537/93), dagli obblighi di denuncia delle violazioni tributarie (art. 36, co. 4 d.P.R. n. 600/73) e dalle speciali sanatorie per la regolarizzazione fiscale (art. 7, co. 14, l. 488/99)[63].

3.1. *Conseguenze in termini di onere della prova per l'accusa e l'importanza del presupposto della sproporzione.*

La prima importante conseguenza di tale orientamento giurisprudenziale è, innanzitutto, quella che ***ai fini del calcolo del valore sproporzionato del bene l'accusa e poi il giudice devono considerare anche i redditi derivanti da attività lecita, ma non dichiarata a fini fiscali***, con la ***conseguenza importante che tenendo conto di tali ulteriori redditi il valore del bene potrebbe risultare non più sproporzionato all'attività economica e quindi non confiscabile***. Si delimita l'ambito di applicazione dei beni confiscabili.

La questione che le Sezioni Unite devono affrontare assume, infatti, una particolare importanza in relazione alla confisca *ex* art. 12 *sexies* e anche *ex* art. 2 *ter* l. 575/65 (o art. 24 cod. antimafia) perché da essa dipende la determinazione del valore sproporzionato del bene e quindi la stessa misura della confisca, soprattutto in relazione all'art. 12 *sexies* che non prevede l'ulteriore ipotesi della confisca dei beni frutto o reimpiego.

L'importanza di tale elemento è stata fortemente evidenziata nella sentenza Montella dalle Sezioni Unite, riprendendo la giurisprudenza relativa alla confisca *ex* art. 2 *ter* l. 575/65[64], pretendendo in chiave garantista che la sproporzione sia accertata dall'accusa in relazione ad ogni singolo bene[65], con riferimento al momento dell'acquisto, così imponendo un più rigoroso standard probatorio all'accusa anche temporalmente delimitato in relazione ai momenti dei

[60] Così Nanula, *Il problema della prova della provenienza illecita dei beni*, in *Il Fisco*, 1993, p. 10115; Palladino, *Brevi osservazioni sul delitto di possesso ingiustificato di valori*, in *Riv. trim. dir. pen. dell'ec.*, 1993, p. 358; Maugeri, *op. cit.*, 326. *Contra* Ferrajoli, *La normativa antiriciclaggio*, Milano, 1994, p. 34, ritiene che sia solo il reddito dichiarato a poter costituire il parametro di riferimento ai fini del calcolo della proporzione tra disponibilità accertate e quanto prodotto lecitamente.

[61] Locatelli, *La confisca del patrimonio di valore sproporzionato. Note all'art. 12-*sexies *della l. 7.8.1992, nr. 356,* in *Il Fisco*, 1996, p. 8304; in tale direzione Mariella, *L'aggressione ai patrimoni illeciti ed alle attività economiche della criminalità organizzata: quadro normativo e tecniche di indagine*, in *Quaderni del C.S.M.*, 1998, n. 104, p. 589.

[62] Piccirillo, *Titolo VII - Confisca per sproporzione*, in *Codice delle confische e dei sequestri. Illeciti penali e amministrativi*, a cura di Tartaglia, Roma, 2012, p. 4.

[63] Acquaroli, *La ricchezza illecita tra tassazione e confisca*, Roma, 2012, p. 93.

[64] Cass., 28 marzo 2002, Ferrara e altri, in *Cass. pen.*, 2003, p. 605.

[65] Conforme Cass., 15 aprile 1996, Berti, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3649.

singoli acquisti o comunque del formarsi dei singoli cespiti patrimoniali[66]. Le Sezioni Unite hanno precisato che la sproporzione non deve essere intesa come una qualsiasi difformità tra guadagni e capitalizzazione, ma come un incongruo equilibrio tra questi, da valutarsi secondo le comuni regole di esperienza; "la sproporzione così intesa viene testualmente riferita, non al patrimonio come complesso unitario, ma alla somma dei singoli beni, con la conseguenza che i termini di raffronto dello squilibrio, oggetto di rigoroso accertamento nella stima dei valori economici in gioco, non vanno fissati nel reddito dichiarato o nelle attività al momento della misura rispetto a tutti i beni presenti, ma nel reddito e nelle attività nei momenti dei singoli acquisti, rispetto al valore dei beni volta a volta acquisiti». Le Sezioni Unite hanno previsto la necessità di una «ricostruzione storica della situazione dei redditi e delle attività economiche del condannato al momento dei singoli acquisti»[67]; solo se si pretende una simile prova della sproporzione non può parlarsi di una violazione del diritto di difesa, in quanto "*si tratta di una presunzione* iuris tantum *ed è applicabile quando sia dimostrata la sproporzione tra il valore dei beni da un lato e i redditi e le attività economiche dall'altro, al momento di ogni acquisto dei beni stessi*"[68].

Da tale giurisprudenza emerge l'importanza di tale elemento su cui si fonda da una parte l'onere dell'accusa, dall'altra l'onere di allegazione della difesa nel giustificare la legittimità del suo patrimonio. In base all'orientamento giurisprudenziale più garantistico in esame, allora, l'accusa nell'accertare il valore sproporzionato del bene al momento dell'acquisto, **dovrà tenere conto di tutte le entrate del condannato (o proposto) anche di quelle sottratte alla denuncia dei redditi; e comunque sarà confiscabile solo lo *scompenso* fra la consistenza del patrimonio nell'attuale disponibilità del soggetto e i redditi derivanti dalla sua attività economica, anche se non dichiarati al fisco**[69], accertati in maniera storicizzata in relazione ad un determinato lasso temporale. Si sottolinea, anzi, "l'opportunità che già in sede investigativa l'analisi economico-patrimoniale", volta all'accertamento della sproporzione quale indizio della provenienza illecita dei beni, "non si accontenti di una mera comparazione tra il dato dei flussi reddituali e quello delle acquisizioni patrimoniali avvenute nel tempo" e "non venga fatta coincidere con una superficiale rilevazione di tipo documentale delle fonti di reddito e della loro quantificazione, ma si estenda a verificare in concreto, anche attraverso accertamenti di natura bancaria", o "accertamenti di natura finanziaria", "***se tali fonti esauriscano il panorama delle entrate monetarie avvenute in quel periodo" e "per individuare tutte le possibili fonti di reddito effettivo e determinarne, anche in via approssimativa, l'entità***"[70].

La necessità di correttamente interpretare la sproporzione tenendo conto anche del reddito lecitamente prodotto ma non dichiarato, **assume un'ulteriore importanza se si considera che rimane sempre il rischio**, nonostante l'attento orientamento accolto dalle Sezioni unite nella sentenza Montella, **che nella prassi giurisprudenziale** non si utilizzi la sproporzione come criterio delimitante l'oggetto della confisca, nei limiti dei beni di valore sproporzionato o dello scompenso tra il patrimonio e i redditi leciti, ma **si utilizzi la sproporzione come mero elemento indiziario dell'illecita provenienza di tutto il patrimonio** trasformando la confisca *ex* art. 12 *sexies* da mero strumento di sottrazione dei profitti di origine illecita, a *confisca generale dei beni*, di *tutto il patrimonio*.[71]

L'importanza dell'elemento della sproporzione è stata evidenziata anche dalla d**ecisione quadro GAI 212/2005** sui poteri allargati di confisca, che richiede la prova dell'origine ille-

[66] In tale direzione da ultimo Cass., sez. I, 28 maggio 2013 (dep. 20 giugno 2013), Guarnieri Amelia, in *Dejure*.

[67] Cass., 13 maggio 2008, n. 213572, Rv. 240091, che cita testualmente Cass., Sez. Un., 17 dicembre 2003 (dep. 19 gennaio 2004), Montella, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1187; conforme Cass., 30 ottobre 2008, n. 44940; Cass., 13 maggio 2008, n. 21357, E., in *Dejure*; Cass., Sez. V, 26 maggio 2011, n. 26041.

[68] Cfr. Cass., Sez. II, 26 febbraio 2009 (dep. 10 marzo 2009), n. 10549; Cass., Sez. I, 5 giugno 2008, Rv. 240471; Cass., 26 settembre 2006, n. 721: "nell'accertamento della sproporzione un ruolo importante assume il riferimento temporale, non potendo il confronto tra la situazione patrimoniale reale e la capacità economica, desumibile dal reddito dichiarato o dall'attività economica, che risulta essere svolta dall'indagato, prescindere dal dato temporale. Occorre cioè partire da una situazione iniziale, individuata nel tempo, e metterlo a confronto con la situazione patrimoniale esistente nel momento in cui dovrebbe essere assunto il provvedimento cautelare, tenuto conto, peraltro, del reddito consumato in relazione al tenore di vita proprio e della famiglia".

[69] Cfr. Nanula, *Il problema della prova della provenienza illecita dei beni*, *cit.*, p. 10117.

[70] Furciniti – Frustagli, *op. cit.*, p. 333, nota 18.

[71] Piccirillo, *op. cit.*, 398, sottolinea, infatti, che quando, poi, come avviene sovente le richieste di sequestro/confisca *ex* art. 12 *sexies* investono, piuttosto che singoli beni, interi patrimoni formati attraverso acquisti mobiliari e immobiliari stratificati nel corso degli anni, sarà necessaria per una corretta diagnosi di sproporzione la conoscenza dei redditi ufficiali o comunque leciti prodotti dal soggetto nei singoli anni in cui avvenne ciascuno degli acquisti.

cita (il giudice deve essere pienamente convinto) e il valore sproporzionato del "*bene*" e non del patrimonio, imponendo, quindi, l'accertamento dell'origine illecita e della sproporzione in relazione ad ogni singolo bene[72]; non è sufficiente la più generica e superficiale verifica del carattere illecito o sproporzionato di tutto il patrimonio[73].

Anche nella Direttiva in materia, nella versione approvata dal Parlamento Europeo, si richiede per applicare la confisca allargata (in seguito a condanna) l'accertamento del *carattere sproporzionato del valore di un bene rispetto al reddito legittimo della persona condannata* come esempio di "fatto specifico" (art. 5), su cui fondare la convinzione del giudice dell'origine criminale dei beni da confiscare; tale requisito è stato inserito nella direttiva in accoglimento di un emendamento presentato dalla Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni (nel prosieguo la *Commissione LIBE*)[74], per rendere la disciplina in questione più compatibile con la garanzia del diritto di proprietà prevista dall'art. 17 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea[75]. L'inserimento di questo requisito è stato suggerito nell' "*Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights on the Confiscation of proceeds of crime*" (nel prosieguo FRA Opinion) [76] per fornire alle Corti dei parametri più chiari in relazione al livello di prova richiesto[77], al fine di rendere la disciplina in questione più compatibile con la garanzia del diritto di proprietà prevista dall'art. 17 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea; in tale *Opinion* si evidenzia che le presunzioni su cui si fondano i poteri estesi di confisca (che il reo ha realizzato altri reati, dai quali siano derivati altri proventi) devono essere corroborate da prove concrete, come emerge nella Direttiva laddove richiede che la Corte fondi la sua decisione su "fatti specifici" (*These combined assumptions require corroboration by real evidence. The text of the proposal admits this by highlighting the necessity that a court should base its decision "on specific facts"*) [78]. Ne deriva un'ulteriore conferma della necessità di interpretare in maniera garantistica l'elemento in questione.

3.2. *Conseguenze in termini di onere di allegazione per la difesa.*

Dall'orientamento più garantista esaminato in relazione alla confisca *ex* art. 12 *sexies* d.l. 306/92 deriva, inoltre, **che nell'adempiere al suo onere di allegazione la difesa potrà addurre redditi di origine lecita, ma non dichiarati al fisco, per dimostrare la proporzione tra il valore dei beni e la sua attività economica, e comunque l'origine lecita dei suoi beni**; normalmente, infatti, eventuali redditi leciti ma non dichiarati sono allegati dalla difesa, fermo restando che l'accusa deve eventualmente tenere conto di tali redditi laddove emergano già nei suoi accertamenti ai fini della prova della sproporzione. Tale prova della difesa potrà essere

[72] "Quando si stabilisce che il valore del bene è sproporzionato al reddito legittimo della persona condannata e un giudice nazionale, sulla base di fatti circostanziati, **è pienamente convinto che il bene in questione sia il provento di attività criminose** della persona condannata stessa" (n. 2).

[73] Cfr. Maugeri, *La conformità dell'*actio in rem *con il principio del mutuo riconoscimento*, in *Le misure patrimoniali antimafia - Interdisciplinarietà e questioni di diritto penale, civile e amministrativo*, a cura di S. Mazzarese – A. Aiello, Milano, 2010, p. 199.

[74] Per una dettagliata analisi della versione originaria della *Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio*, Bruxelles, 12.3.2012, COM(2012) 85 final, 2012/0036 (COD)., cfr. Maugeri, *La proposta di direttiva UE in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato: prime riflessioni*, in questa *Rivista*, 2012, 2, p. 180 ss.; cfr. Balsamo, *Il "codice antimafia" e la proposta di Direttiva europea sulla confisca: quali prospettive per le misure patrimoniali nel contesto europeo*, in *Dir. pen. cont.*, 20 luglio 2012; Piva, *La proteiforme natura della confisca antimafia dalla dimensione interna a quella sovranazionale*, in questa *Rivista*, 2013, 1, 215 ss.; Mangiaracina, *Cooperazione giudiziaria e forme di confisca*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, p. 369.

[75] L'inserimento di questo requisito è stato suggerito nella FRA Opinion - "*Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights on the Confiscation of proceeds of crime* THE EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA), Opinion – 03/2012, *Confiscation of proceeds of crime*, Vienna, 4 December 2012, per fornire alle Corti dei parametri più chiari in relazione al livello di prova richiesto.

[76] THE EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA), Opinion – 03/2012, *Confiscation of proceeds of crime*, Vienna, 4 December 2012.

[77] FRA Opinion, 2.2.1. (30) e 2.3 (36) "In addition, more detailed guidance for the courts in relation to the level of proof (that is, "substantially more probable") required by the proposal could be considered, such as the explicit requirement to establish a marked disparity between the lawful income of an offender and the property at his or her disposal before ordering a confiscation."

[78] FRA Opinion, 2.2.1. (26). Art. 5 della Direttiva prevede: **Extended confiscation**. 1. *Member States* shall adopt the necessary measures to enable the *confiscation*, either in whole or in part, *of* property belonging to a person convicted of a criminal offence *which is liable to give rise, directly or indirectly, to economic benefit, where a court, on the basis of the circumstances of the case, including the specific facts and available evidence, such as that the value of the property is disproportionate to the lawful income of the convicted person, is satisfied that the property in question is derived from criminal conduct.*

confutata solo fornendo la prova d'accusa dell'illecita provenienza[79].

L'applicazione della norma presuppone, infatti, come accennato, oltre alla prova della sproporzione in capo all'accusa, la mancata giustificazione dell'origine dei beni da parte dell'imputato: la norma prevede che sono sottoposti a confisca "i beni, di cui il condannato non riesca a giustificare la provenienza". In base all'opinione uniforme della giurisprudenza, l'art. 12 *sexies* non introdurrebbe un'inversione dell'onere della prova, ma si limiterebbe a porre a carico del condannato un onere di allegazione circa l'origine dei suoi beni, "da valutarsi in concreto nelle singole fattispecie, secondo i principi della libertà delle prove e del libero convincimento"[80]. Nella sentenza Montella delle Sezioni Unite, sopra citata, si evidenzia che non può parlarsi di una violazione del diritto di difesa, proprio valorizzando l'onere della prova della sproporzione in capo all'accusa, che delimita lo stesso onere della difesa; la norma si fonda su"*una presunzione* iuris tantum *ed è applicabile quando sia dimostrata la sproporzione tra il valore dei beni da un lato e i redditi e le attività economiche dall'altro, al momento di ogni acquisto dei beni stessi. Solo dopo una tale dimostrazione il soggetto inciso dovrà, con riferimento temporale precisamente determinato, indicare le proprie giustificazioni, le quali dunque potranno anche loro essere specifiche e puntuali. Tale indicazione non va confusa con un'imposizione di onere della prova, ma si risolve nell'esposizione di fatti e circostanze di cui il giudice valuterà la specificità e la rilevanza e verificherà in definitiva la sussistenza. L'onere imposto non trasmoda perciò in una richiesta di prova diabolica, ma è al contrario di agevole assolvimento*"[81]. La Suprema Corte, insomma, non solo nega che si configuri un'inversione dell'onere della prova e continua a parlare di onere di allegazione[82], ma **con l'inciso "*con riferimento temporale precisamente determinato*" sottolinea l'impegno dell'accusa di provare la sproporzione in relazione alla situazione economica e patrimoniale al momento dell'acquisto del bene, con relativa delimitazione temporale anche per l'onere di allegazione della difesa** che, come affermato in dottrina, potrà limitare "*le sue allegazioni al periodo preso in considerazione dal pubblico ministero*" senza dover assolvere alla *probatio diabolica* di dimostrare la legittimità dell'intero suo patrimonio; "attraverso una corretta distribuzione dell'onere probatorio è possibile, indirettamente, ristabilire quel *minimo di legame tra il reato e il bene*, cui si riferisce anche la giurisprudenza costituzionale" ([83]).

Escludere la rilevanza dei redditi di origine lecita solo perché non dichiarati al fisco (fermo restando il disvalore dell'evasione fiscale) **renderebbe diabolica la prova della proporzione o dell'origine lecita in capo all'accusa, e meriterebbe perlomeno una più chiara e decisa previsione normativa nel rispetto del principio di legalità e di riconoscibilità dell'intervento punitivo, in linea con i dettati della Corte Europea dei diritti dell'uomo**, che, nell'ammettere la conformità ai principi del giusto processo (art. 6 CEDU) della presunzioni su cui si fondano le forme di confisca allargata previste in diversi ordinamenti, ha sempre imposto che tali presunzioni siano confutabili e si garantiscano i diritti della difesa[84].

Nella FRA Opinion alla Proposta di direttiva in materia di confisca si evidenzia l'ineludibile necessità di rafforzare le garanzie procedurali nell'ambito dei procedimenti volti

[79] Astarita, *Presupposti e tipologia delle misure applicabili,* in *Le misure di prevenzione*, a cura di Furfaro, Torino, 2013, 395 ss. La tesi è seguita anche da Faberi, *Confisca "allargata" e redditi in "nero"*, in *Archivio penale*, 2013, 2, p. 11 ss.

[80] Così Corte Cost., 9 - 17 febbraio 1994, n. 48, in *Riv. pen. dell'ec.*, 1994, p. 46, che richiama le sue precedenti pronunce in materia; cfr. Cass., 31 agosto 1994, Cardillo, in *Riv. pen.*, 1995, p. 841; Corte Cost., 19 novembre 1992, n. 464, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2215; Corte Cost., 15 aprile 1981, n. 65, in *Cass. pen.*, 1982, p. 17; Corte Cost., 16 gennaio 1975, n. 5, in *Giur. Cost.*, 1975, p. 18; Corte Cost., 2 febbraio 1971, n. 14, in *Giust. pen.*, 1971, 1, c. 221; Corte Cost., 19 luglio 1968, n. 110, in *Giur. cost.*, 1968, p. 1704.

[81] Cass., Sez. un., 17 dicembre 2003, Montella, *cit.*, 1188. Cfr. Cass., 30 ottobre 2008, n. 44940: "una volta fornita tale prova [della sproporzione] sussiste una presunzione relativa di illecita accumulazione patrimoniale che può essere superata solo da specifiche e verificate allegazioni dell'interessato (cosa che non si è verificata; si veda Sez. 1, Ordinanza n. 25728 del 05/06/2008 Cc. - dep. 25/06/2008 - Rv. 240471)"; conforme Cass., 5 giugno 2008, n. 25728, C.; Cass., 13 maggio 2008, n. 21357, E., in *Dejure*.

[82] Cfr. Maugeri, *op. cit.*, 329 ss. – 377 ss. e dottrina e giurisprudenza *ivi* citata.

[83] Fidelbo, *Sequestro preventivo e confisca* ex *art. 12* sexies *l. n. 356/92: dall'esclusione del nesso pertinenziale con il reato al rafforzamento dei presupposti*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1189.

[84] Commission Eur., 15 aprile 1991, Marandino, no. 12386/86, in *Decisions et Rapports* (DR) 70, 78; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 22 febbraio 1994, Raimondo v. Italy, in *Pubblications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme* 1994, Série A vol. 281, 7; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 15 giugno 1999, *Prisco c. Italia*, decisione sulla ricevibilità del ricorso n. 38662/97; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 25 marzo 2003, *Madonia c. Italia*, n. 55927/00, in www.coe.it, 4; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 5 luglio 2001, *Arcuri e tre altri c. Italia*, n. 52024/99, *ivi*, 5; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 4 settembre 2001, Riela c. Italia, n. 52439/99, *ivi*, 6; Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Bocellari e Rizza c. Italia*, n. 399/02, *ivi*, 8.; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 5 gennaio 2010, *Bongiorno c. Italia*, n. 4514/07, *ivi*; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 2 febbraio 2010, *Leone c. Italia*, n. 30506/07, *ivi*; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 17 maggio 2011, *Capitani e Campanella c. Italia*, n. 24920/07, *ivi*; Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Paleari c. Italia*, n. 55772/08, *ivi*; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 26 luglio 2011, *Pozzi c. Italia*, n. 55743/08, *ivi*.

all'applicazione di forme di confisca allargata in adesione alle sollecitazioni provenienti dalla giurisprudenza della Corte EDU; si sottolinea con enfasi l'esigenza di incrementare le garanzie procedurali al fine di promuovere la compatibilità di tale forma di confisca con i diritti fondamentali, richiedendo garanzie dettagliate che forniscano "*a reasonable opportunity for a person concerned to put facts of the case to the responsible authorities*" e, in particolare, garantiscano la possibilità di confutare la presunzione che i beni in gioco derivino da attività criminali. Negare la possibilità di dimostrare l'origine lecita dei propri redditi perché sottratti al fisco, non appare in linea con tali direttive.

In adesione, però, alla giurisprudenza della Suprema Corte esaminata, si deve evidenziare che la difesa deve fornire specifiche e verificate allegazioni: "per quanto non sia da esigere dall'indagato una puntuale rideterminazione della propria capacità reddituale effettiva secondo i canoni tipici dell'accertamento tributario, non si può neppure consentire che l'espletamento dell'onere di allegazione, finalizzato a convincere il giudice di una diversa configurazione qualitativa e/o quantitativa dell'imponibile fiscale, possa essere condotta dalla difesa in forma assolutamente libera e sommaria oltre che del tutto avulsa rispetto alle regole tributarie che, fino a quel momento e in base alla natura giuridica del soggetto (imprenditore, lavoro autonomo, persona fisica ecc.) e al tipo di reddito fiscale prodotto (reddito di impresa, reddito di lavoro autonomo, ecc.), hanno indirizzato (in caso di evasione solo parziale), o avrebbero dovuto indirizzare (in caso di evasione totale), il corretto comportamento fiscale del soggetto nella formazione del reddito imponibile"[85].

3.3. *La rilevanza dei profitti dell'evasione fiscale ai fini della prova dell'intestazione fittizia e della disponibilità dei beni.*

Per applicare la confisca *ex* art. 12 *sexies* d.l. 306/92 e 2 *ter* l. 575/65 l'accusa deve, innanzitutto, accertare la titolarità o la disponibilità dei beni in capo, rispettivamente, al condannato o al proposto e a tal fine deve verificare la sussistenza di eventuali intestazioni fittizie in capo a terzi[86].

La prova del valore sproporzionato di un bene al momento dell'acquisto rispetto al reddito e all'attività economica del terzo rappresenta un significativo elemento probatorio del'intestazione fittizia; addirittura laddove si tratta di parenti sussiste una presunzione semplice di disponibilità del bene da parte dell'indiziato se il terzo sia il coniuge, il figlio od il convivente nell'ultimo quinquennio in virtù del disposto dell'art. 2 *bis* che impone le indagini nei loro confronti, oggi art. 19, c. 3, cod. mis. di prev.[87].

Come evidenziato dalla Suprema Corte "la sperequazione tra accumulazioni patrimoniali e disponibilità finanziarie, lungi dal sancire presunzioni di legge quanto alla liceità della accumulazione stessa, costituisce uno dei possibili momenti logici da porre a conforto dell'asserto accusatorio che mira a contestare la natura fittizia di tale imputazione patrimoniale a fronte della disponibilità sostanziale del bene siccome riferibile all'indagato o imputato (*id est* l'autore di una delle ipotesi di reato calendate nell'art 12 *sexies*, comma 1 o anche l'effettivo titolare dell'utilità nella ipotesi del trasferimento fraudolento di cui al precedente art. 12 *quinquies*); o, in alternativa, ed in contrapposizione a siffatta ipotesi, costituisce spunto difensivo di segno opposto per superare l'asserto accusatorio in presenza di collegamenti tra gli interessati, primariamente legati a parentele, affinità o ragioni di convivenza, che possano favorire a monte la dimostrazione della prospettazione legata alla natura fittizia della intestazione del cespite".

Nel caso di beni formalmente intestati a terzi, che si assumono nella disponibilità di persona sottoposta a misure di prevenzione personale, la Suprema Corte ha sempre precisato che spetta all'accusa l'onere di dimostrare «che i beni, formalmente intestati a terzi, siano nella

[85] Così Furciniti – Frustagli, *op. cit.*, p. 333 ss. sui requisiti minimi che devono essere rispettati nell'adempimento di tale onere.
[86] Cfr. Menditto, *Le misure di prevenzione*, cit., p. 336 ss.; Furciniti – Frustagli, *op. cit.*, p. 343 s.
[87] Cass., Sez. II, 5 dicembre 1996, Liso, n. 1610, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2847; Cass., 7 dicembre 2005, n. 2960, in *Dejure*; Cass., 14 febbraio 1997, *ivi*, p. 3171; Cass., 5 dicembre 1996, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2847; la "disponibilità è presunta, senza necessità di specifici accertamenti"; Cass., 4 giugno 2003, *ivi*, 2005, p. 2066; Cass., 18 settembre 2002, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1108; cfr. Corso, *Profili costituzionali delle misure di prevenzione: aspetti teorici e prospettive di riforma*, in *La legge antimafia tre anni dopo,* in Fiandaca - Costantino (a cura di), Milano, 1986, p. 138, il quale afferma che il «principio barbarico» della responsabilità familiare sostituisce il principio di civiltà racchiuso nella regola dell'art. 27 Cost.

disponibilità dell'indiziato e derivino dalla sua illecita attività", "infatti, non va dimenticato che la presunzione di illecita accumulazione patrimoniale riguarda solo il soggetto ritenuto socialmente pericoloso»[88]; anzi si precisa che «incombe sull'accusa l'onere di dimostrare rigorosamente, sulla base di elementi fattuali, connotati dai requisiti della gravità, precisione e concordanza, l'esistenza di situazioni che avallino concretamente l'ipotesi del carattere puramente formale di detta intestazione, funzionale all'esclusiva finalità di favorire il permanere del bene in questione nella effettiva e autonoma disponibilità di fatto del proposto[89]». "La sussistenza di detta disponibilità, caratterizzata da un comportamento *uti dominus* del medesimo proposto in contrasto con l'apparente titolarità del terzo, deve essere accertata con indagine rigorosa, intensa ed approfondita, avendo il giudice l'obbligo di spiegare le ragioni della ritenuta interposizione fittizia sulla base non di sole circostanze sintomatiche di spessore indiziario ma di elementi fattuali connotati dai requisiti della gravità, precisione e concordanza ed idonei, pertanto, a costituire *prova indiretta* dell'assunto che si tende a dimostrare"[90], "del superamento della coincidenza tra titolarità apparente e disponibilità effettiva dei beni stessi"[91]; "non può, quindi, pretendersi che siano i terzi a dover giustificare la titolarità dei beni, offrendo la dimostrazione che essi non derivino da illecite attività dei proposti"[92].

In relazione al terzo estraneo l'indagine sulla disponibilità del bene debba «essere rigorosa, non essendo consentito il ricorso a presunzioni come per il giudizio di pericolosità»[93] e, quindi, incombe sull'accusa l'onere di provare la malafede dell'acquirente stesso (in tal modo irrobustendo l'orientamento giurisprudenziale volto ad una migliore tutela dei diritti dei terzi)[94].

In base, allora, all'orientamento giurisprudenziale in esame nell'accertare tale disponibilità l'accusa dovrà tenere conto di eventuali redditi di origine lecita, ma non dichiarati al fisco, di cui venga a conoscenza e il terzo potrà dimostrare la propria disponibilità dei beni anche adducendo tali redditi sottratti al fisco, *altrimenti non solo l'accusa violerebbe il suo onere della prova della disponibilità dei beni in capo al condannato o al* proposto, ma si *utilizzerebbe surrettiziamente la confisca, da applicare al condannato o al proposto, per punire l'evasione fiscale del terzo*. Il terzo, del resto, deve solo dimostrare la propria disponibilità dei beni e non la legittima origine degli stessi, non essendo né condannato né proposto e, quindi, non operando nei suoi confronti quella presunzione di origine illecita dei beni, su cui si fondano le due forme di confisca allargata in esame, salva la presunzione semplice cui si accennava in capo ai parenti e quelle introdotte con il d.l. n. 92/2008 e recepite dall'art. 26 del codice delle misure di prevenzione[95].

In tale direzione anche la giurisprudenza che considera confiscabili i proventi dell'evasione fiscale in capo al proposto, ritiene, invece, che tali redditi dovranno essere considerati per

[88] Cass., 28 marzo 2002, n. 23041, Ferrara, in *Cass. pen*., 2003, pp. 605 - 612; conformi Cass., 23 giugno 2004, in *Cass. pen*., 2005, p. 2704; Cass., 15 ottobre 2003, n. 43046, in *Cass. pen*., 2005, p. 2341; Cass., 4 giugno 2003, *ivi*, 2005, p. 2066; Cass., 18 settembre 2002, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1108; Cass., 5 febbraio 2001, in *Foro it*., 2002, 2, c. 263; Cass., 26 novembre 1998, in *Cass. pen.*, 1999, m. 1131; Cass., 10 novembre 1997, in *Giust. pen.*, 1998, 2, c. 512; Cass., 16 aprile 1996, in *Cass. pen.*, 1997, p. 849; Cass., 4 luglio 1995, in *Riv. pen.*, 1996, p. 526; Cass., 18 maggio 1992, *ivi*, 1993, p. 2377; App. Reggio Calabria 6 marzo 1986, in *Foro it.*, 1987, c. 361; Cass., 7 agosto 1984, *ivi*, 1985, 2, c. 273, con nota di Fiandaca; cfr. le perplessità di Mangione, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, *cit.*, pp. 235 - 263 sulla stessa nozione di disponibilità; cfr. Gaito – Furfaro, «Disponibilità» del bene e confisca «per equivalente», in *Giust. Pen*. 2013, p. 602 s.; Aiello, I *"terzi" e le misure di prevenzione patrimoniali: una storia (in)finita?*, in Fiandaca – Visconti, *Scenari di mafia*, cit., p. 404; Grasso, *Art. 240 c.p*., in Romano-Grasso-Padovani, *Commentario sistematico del codice penale*, Volume III - Art. 150-240, Seconda edizione, Milano, 2011, p. 620.

[89] Cass., Sez. I, 10 novembre 1997, Faraone; conforme Cass., 9 febbraio 2011, n. 6977, B. e altro, in *Dejure.*

[90] *Ibidem*. Cass., 23 giugno 2004, sez. 2, n. 35628, Palumbo ed altri, Rv. 229726; conforme Cass., Sez. 1, 15 ottobre 2003, n. 43046, Andronico e altri, Rv. 226610, in *Cass. pen*., 2005, p. 2341, in questo caso la Corte ha annullato il decreto di confisca perché l'assunto accusatorio dell'intestazione fittizia era basato solo sulla mancanza di contestazioni; Cass., 4 giugno 2003, *ivi,* 2005, p. 2066; Cass., 18 settembre 2002, in *Dir. pen. proc.,* 2003, p. 1108; Cass., 5 febbraio 2001, in *Foro it*., 2002, 2, c. 263; Cass., 26 novembre 1998, in *Cass. pen*., 1999, m. 1131; Cass., 16 aprile 1996, in *Cass. pen.,* 1997, p. 849; Cass., 4 luglio 1995, in *Riv. pen.,* 1996, p. 526; Cass., 18 maggio 1992, *ivi,* 1993, p. 2377; App. Reggio Calabria 6 marzo 1986, in *Foro it.,*1987, c. 361; Cass., 7 agosto 1984, *ivi,* 1985, 2, c. 273, con nota di Fiandaca; conf. in dottrina Gialanella, *Il punto sulla questione probatoria nelle misure di prevenzione antimafia*, in *Quest. giust.,* 1994, p. 804.

[91] Cass., Sez. I, 4 luglio 1995, Capoccia, Rv. 202191.

[92] Cass., 28 marzo 2002, n. 23041, Ferrara, in *Cass. pen*., 2003, p. 612.

[93] Cass. 16 aprile 1996, Biron e altri, Rv. 204903-204910, in *Cass. pen.*, 1997, p. 849.

[94] Cfr. PM Gialanella, Richiesta *ex* art. 611 c.p.p., Nr. Reg. Generale 39871/2012 – Sez. 1., cit., p. 53. Cfr. Cass., Sez. I, 4 luglio 1995, n. 4017, Capoccia, Rv. 202191.

[95] Su tali presunzioni e sul concetto di disponibilità sia consentito il rinvio a Maugeri, *Un'interpretazione restrittiva delle intestazioni fittizie ai fini della confisca misura di prevenzione tra questioni ancora irrisolte (natura della confisca e correlazione temporale)*, in *Cass. pen*., 2014, 1, in corso di pubblicazione.

accertare la disponibilità dei beni in capo al terzo: «*tra le attività illecite della persona sottoposta a misura di prevenzione, v'è anche l'evasione fiscale: e ciò anche se sia stata chiesta ed ottenuta l'applicazione del condono così detto "tombale". Ma questa regola, volta a sanzionare più efficacemente chi è indiziato di appartenere ad associazioni di tipo mafioso, non vale certamente per i terzi estranei, per i quali dovrà tenersi conto – ai fini di accertare la loro effettiva capacità di acquisizione del patrimonio – anche dei redditi non dichiarati al fisco, e per i quali è stato effettuato il condono*»[96]. "Ora, è di tutta evidenza che, laddove come nella specie, l'indagine patrimoniale e finanziaria afferisca alla posizione del terzo formale intestatario del cespite sequestrato, i parametri segnalati dalla legge nell'ottica della sproporzione per attivare la presunzione sulla illegittima provenienza dei fondi utilizzati al fine vengono richiamati fuor di ragione, trovando il relativo accertamento soluzione negli ordinari canoni di composizione probatoria, sganciati dalla presunzione favorita dall'art. 12 *sexies*; e del pari fuori di ragione si rivela essere il riferimento a siffatta indagine quanto al confronto interpretativo sopra richiamato in ordine alla natura alternativa o cumulativa dei parametri richiamati dell'art. 12 *sexies*, che non si riferiscono alle capacità del terzo e per le quali non vale in alcun modo dubitare della possibilità di utilizzare, a dimostrazione della riferibilità esclusiva del cespite in contrasto alla prospettazione accusatoria, eventuali dati attestanti la presenza di provviste finanziarie pur non riscontrate fiscalmente (finanche il prezzo o profitto di reato al terzo ascrivibile, rilevando al fine esclusivamente l'ipotesi delittuosa tipizzata a carico del soggetto che si afferma essere autore di una delle ipotesi di reato di cui all'art. 12 *sexies* citato)"[97].

3.4. *La confiscabilità dei proventi dell'evasione fiscale e ratio della confisca ex art. 12 sexies d.l. 306/92.*

In base all'orientamento giurisprudenziale in esame la Suprema Corte ritiene non confiscabili gli stessi proventi dell'evasione fiscale anche laddove questa rappresenti un reato. Sicuramente non saranno confiscabili *ex* art. 12 *sexies* i proventi dell'evasione fiscale laddove non integri gli estremi del reato, ipotesi nella quale i proventi non sono illeciti penalmente e, comunque, come specifica la Corte, soccorrono le specifiche norme in materia tributaria (illecito amministrativo) e lo stesso, ad avviso della Suprema Corte, sembra preferibile in relazione ai proventi del reato di evasione fiscale, coincidenti in termini di profitto risparmio con l'imposta evasa, demandando alla disciplina tributaria; il preciso riferimento del legislatore non solo ai redditi dichiarati, ma anche all'attività economica svolta, lascerebbe intendere appunto che il legislatore non prende in considerazione i proventi dell'evasione fiscale, successiva alla produzione del reddito. In tale direzione, del resto, non si deve dimenticare, come sopra accennato, che la disciplina tributaria consente all'evasore di accedere a procedure concordate con la pubblica amministrazione che possono consentirgli di limitare i pagamenti dovuti al fisco, fermo restando che anche in questo settore si registrano delle applicazioni disinvolte e discutibili della confisca, in violazione del principio di legalità, di proporzione e del *ne bis in idem*, laddove si fa rientrare nel profitto confiscabile con la confisca per equivalente anche l'ammontare della sanzione irrogata per l'illecito tributario[98] o laddove viene comunque applicata la confisca per equivalente, in misura corrispondente all'imposta evasa nonché alla sanzione tributaria, anche in seguito all'estinzione del debito tributario in applicazione di speciali procedure conciliative o di adesione all'accertamento previste dalle norme tributarie (comma 2 dell'art. 13 decr. lgs. n. 74 del 2000)[99], in contrasto, del resto, con il più razionale e garantista orientamento della

[96] Cass. Pen., Sez. II, 6 maggio 1999 (dep. 26 maggio 1999), n. 2181, Sannino, Rv. 213853.
[97] Cass., Sez. VI, 28 novembre 2012 (dep. 21 dicembre 2012), n. 49876, Scognamiglio, Rv. 2539576.
[98] Cass., Sez. III, 4 luglio 2012, n. 11836, in *Dejure*; Cass., Sez. III, 23 ottobre 2012, n. 45849, C., in *Guida al diritto,* 2013, 1, p. 81; Cass., Sez. III, 19 settembre 2012, n. 1256 e Cass., Sez. V, 10 novembre 2011, n. 1843, Mazzieri, Rv. 253480: «il profitto confiscabile, anche nella forma per equivalente, nel caso di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte, è costituito "da qualsiasi vantaggio patrimoniale direttamente conseguito alla consumazione dell'illecito e può dunque consistere anche in un risparmio di spesa, come quello derivante dal mancato pagamento degli interessi e delle sanzioni dovute in seguito all'accertamento del debito tributario"». Cfr. Magro, *op. cit.*, p. 190.
[99] Cass., 19 settembre 2012, n. 1256, P.a. e altro; Cass., Sez. 5, 10 novembre 2011 (dep. 17 febbraio 2012), n. 1843, Mazzieri, Rv. 253480.

Suprema Corte sopra esaminato[100].

Un ulteriore argomento che si può valorizzare contro la confisca dei proventi dell'evasione fiscale è, inoltre, la *ratio* politico criminale della confisca *ex* art. 12 *sexies*, come evidenzia la I sezione della Suprema Corte nell'ordinanza di rimessione. La confisca *ex* 12 *sexies*, come precisa la Suprema Corte nella sentenza Montella, infatti, è basata su «*una fondamentale scelta di politica criminale del legislatore, operata con l'individuare delitti particolarmente allarmanti, idonei a creare una accumulazione economica, a sua volta possibile strumento di ulteriori delitti, e quindi col trarne una presunzione*, iuris tantum, *di origine illecita del patrimonio "sproporzionato" a disposizione del condannato per tali delitti*»; la presunzione sarebbe radicata nella nota capacità dei delitti presupposti ad essere perpetrati in forma quasi professionale e a porsi quali fonti di illecita ricchezza, e la sua *congruità* è rafforzata dal fatto che il giudice deve accertare la sproporzione del patrimonio da confiscare rispetto ai redditi e alle attività economiche attraverso una ricostruzione storica della situazione esistente al momento dei singoli acquisti[101]. In tale direzione anche la Corte Costituzionale ha precisato che il legislatore ha non irragionevolmente ritenuto di "presumere l'esistenza di un nesso pertinenziale tra alcune categorie di reati e i beni di cui il condannato non possa giustificare la provenienza"[102], nel senso che la *ratio* normativa tende ad ottenere la confisca di tutti quei beni che costituiscono provento delle condotte illecite contemplate dall'art. 12 *sexies*, sebbene tramite presunzione [103].

Se questa è la *ratio* della confisca allargata in esame, si deve osservare, allora, intanto che non ha senso confiscare i proventi dell'evasione fiscale se ai fini della valutazione della *sproporzione,* su cui si fonda la presunzione di illecita accumulazione patrimoniale, lo stesso legislatore ha ritenuto di valutare a favore del condannato i proventi della stessa evasione fiscale, considerando tutti i proventi dell'attività economica del condannato e non solo quelli dichiarati; ma soprattutto che, se è vero che l'art. 12 *sexies* non richiede la prova del nesso causale rispetto al reato oggetto di condanna, ciò non toglie che la presunzione di illecita accumulazione patrimoniale si fonda sulla presunzione dello svolgimento di un'attività criminale di carattere continuativo, che dovrebbe avere la stessa natura di quella oggetto di condanna, e i delitti previsti dal d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 non rientrano tra i reati che consentono di applicare l'art. 12 *sexies*, tanto è vero che la dottrina arriva ad affermare che l'applicazione della confisca in esame ai proventi dell'evasione fiscale comporterebbe un'applicazione analogica *in malam partem*[104], "la trasparenza tributaria … non rientra nel catalogo dei reati presupposti dalla confisca allargata"[105].

Ma soprattutto, in termini più generali, si deve considerare che la forma di confisca allargata in questione è stata introdotta dal legislatore come strumento di lotta contro l'arricchimento illecito della criminalità organizzata o ad essa connessa (usura, riciclaggio, corruzione), o comunque anche laddove è stata estesa ad altri reati (come quelli dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione), non necessariamente connessi al crimine organizzato, si dovrebbe trattare di gravi reati che possono essere svolti in forma professionale consentendo l'illecita accumulazione patrimoniale. Non pochi dubbi, infatti, sono sorti in dottrina circa l'opportunità politico criminale di estendere la confisca allargata in esame a taluni delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.; in questi ipotesi prevale una mera e discutibile finalità di semplificazione probatoria con tutti i rischi connessi in termini di rispetto della presunzione d'innocenza e del diritto al silenzio dell'imputato[106].

Solo nell'ambito della lotta alla criminalità organizzata o a certa criminalità professionale si potrebbe, al limite, ammettere l'utilizzo di tale strumento che comunque comporta, come

[100] Cass., Sez. III, 1 dicembre 2010, Provenzale, n. 10120, in *Mass. Uff.*, n. 249752; conforme Cass., 23 ottobre 2012, n. 45847; D'Avirro, nota a Cass., 19 settembre 2012, n. 1256, P.a. e altro, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, p. 471. Su tali questioni sia consentito il rinvio a Maugeri, *La responsabilità da reato degli enti: il ruolo del profitto e della sua ablazione nella prassi giurisprudenziale. Spunto per una riflessione sul recente uso spregiudicato della confisca come strumento punitivo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2013, IV, in corso di pubblicazione.

[101] Cass., Sez. un., 17 dicembre 2003 (dep. 19 gennaio 2004), Montella, in *Cass. pen.,* 2004, 1182.

[102] Corte Cost., ordinanza 29 gennaio 1996, n. 18, Basco, in *Cass. pen.,* 1996, p. 1385; conforme Cass., 15 aprile 1996, Berti, in *Cass. pen.,* 1996, p. 3649.

[103] Cfr. Faberi, *op. cit.*

[104] Acquaroli, *op. cit.,* p. 93.

[105] Bargi, *Il nuovo volto della confisca nell'attuale ordinamento penale,* in Bargi–Cisterna, *La giustizia patrimoniale penale*, Torino, 2011, 93; Furciniti – Frustagli, *op. cit.*, p. 330.

[106] Cfr. Maugeri, *La lotta contro* l'accumulazione *di patrimoni illeciti da parte delle organizzazioni criminali: recenti orientamenti*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2007, p. 497; Acquaroli, *op. cit.,* p. 95.

ricordato, il ricorso ad una presunzione *iuris tantum* di illecita accumulazione patrimoniale fondata sull'accertamento della sproporzione e un *problematico* onere di allegazione in capo al condannato, che deve spiegare in maniera esauriente, come si afferma nella sentenza Montella, come si sia economicamente formato il suo patrimonio (la "*giustificazione credibile attiene alla positiva liceità della provenienza e non si risolve nella prova negativa della non provenienza dal reato per cui si è stati condannati. E così, per esempio, per gli acquisti che hanno un titolo negoziale occorre un'esauriente spiegazione in termini economici (e non semplicemente giuridico – formali) di una derivazione del bene da attività consentite dall'ordinamento, che sarà valutata secondo il principio del libero convincimento*")[107], con l'evidente rischio di attribuire valore probatorio all'eventuale silenzio dell'imputato[108]. La sua estensione *tout court* nei confronti dei proventi dell'evasione fiscale non sembra, quindi, opportuna da un punto di vista politico criminale o, perlomeno, richiederebbe una precisa scelta del legislatore.

4. L'utilizzabilità della confisca misura di prevenzione contro l'evasore fiscale socialmente pericoloso.

Nel settore delle misure di prevenzione si dovrebbe fugare il timore che un soggetto finisca per essere indiziato di attività criminale qualificata o di appartenenza ad un'associazione mafiosa perché dispone di redditi ingiustificati in quanto sottratti al fisco, perché, ai fini dell'applicazione della confisca in questione, non solo l'art. 2 *ter* l. 575/65 richiede espressamente l'accertamento sia dei requisiti di carattere soggettivo, *la pericolosità sociale* ("il tribunale dispone la confisca dei beni sequestrati di cui la persona, nei cui confronti è instaurato il procedimento"), sia di carattere oggettivo, – *la titolarità o disponibilità dei beni*, il carattere *sproporzionato* o l'*origine illecita* dei beni – , ma l'insegnamento della Suprema Corte è stato sempre nel senso di richiedere l'accertamento di **una duplice tipologia di indizi, circa l'appartenenza dell'inquisito ad un'associazione mafiosa o, comunque, indizi di pericolosità qualificata (art. 1 l. 575/65 e 16 cod. mis. di prevenzione), e circa l'illegittima provenienza dei beni rientranti nella sua disponibilità**[109]. Il contesto indiziario di appartenenza ad un'associazione di tipo mafioso o comunque di pericolosità qualificata non è sufficiente, occorre fornire gli indizi di illecita provenienza (*oggi la prova*) dei beni o della sproporzione tra il valore dei beni e le fonti apparenti di tale ricchezza per applicare le misure preventive di carattere patrimoniale[110]; e viceversa la prova (o indizi) dell'origine illecita o della sproporzione tra il valore dei beni e le fonti apparenti di tale ricchezza, non sono sufficienti, ma tale situazione si deve inserire in un contesto indiziario di appartenenza ad un'associazione di tipo mafioso o comunque di

[107] Conforme Corte di Cassazione, 2 giugno 1994, Malasisi, in *Cass. pen.,* 1995, p. 907, con nota favorevole di Cerase, in cui la Corte, in contrasto con l'opinione espressa dalla giurisprudenza di merito ed accogliendo il ricorso della pubblica accusa, ha stabilito che l'onere di provare la legittima provenienza dei beni, al fine di evitare la confisca *ex* art. 12 *sexies*, spetta all'imputato; Cass., Sez. II, 14 giugno 2011, n. 32563, De Castro, in *Dejure*: "la prova di positiva liceità della provenienza di acquisti in forza di titolo negoziale non consiste nella esibizione di titoli di acquisto giuridicamente e formalmente validi, ma nel fornire una esauriente spiegazione in termini economici di una derivazione dei beni da attività consentite dall'ordinamento"; in questa direzione Potetti, *Riflessioni in tema di confisca di cui alla legge 501/1994*, in *Cass. pen.,* 1995, 1690; Ferrajoli, *La normativa antiriciclaggio*, Milano, 1994, 33, parla di onere di giustificazione che sorge dalla condanna.

[108] Se il c.d. "*onere di allegazione*", infatti, non viene inteso in senso meramente formale, si finisce comunque per violare il diritto al silenzio dell'imputato, il quale, in presenza di meri indizi circa l'origine illecita dei suoi beni, dovrà dimostrarne l'origine lecita se non vuole subire la confisca; il silenzio, infatti, darebbe dignità probatoria a degli indizi altrimenti insufficienti, finendo così per assumere una valenza *contra reum*, così Maugeri, *La lotta contro* l'accumulazione *di patrimoni illeciti*, cit., p. 534 ss. Cfr. a tal proposito Bernasconi, *La "speciale" confisca introdotta dal d.l. 20 giugno 1994 n. 399 conv. dalla l. 8 agosto 1994, n. 501,* in *Dir. pen. e proc.,* 1996, p. 1421, il quale sottolinea che il soggetto non gode comunque appieno della presunzione d'innocenza.

[109] In questa direzione, Cass., Sez. II, n. 1014, 16 dicembre 2005, Lo Presti; Cass., 16 dicembre 2005, n. 1014, Lo Presti; Cass., 23 giugno 2004, Palumbo, in *Cass. pen.,* 2005, p. 2704; Cass., 5 febbraio 1990, Montalto, in *Riv. pen.,* 1991, m. 95; Cass., 12 maggio 1987, Ragosta, in *Giust. pen.,* 1988, 3, c. 335; Corte d'Appello di Napoli, decreto 7 gennaio 1987, Sibilia, in *Foro it.,* 1987, 2, c. 359; Corte d'Appello di Napoli, decreto 13 ottobre 1986, Del giudice, in *Foro it.,* 1987, 2, c. 360; cfr. Cass., 18 maggio 1992, Vincenti ed altri, in *Cass. pen.,* 1993, p. 2377; cfr. Ruggiero, *Amministrazione dei beni sequestrati o confiscati*, in *Quaderni del C.S.M.,* 1988, p. 41; Molinari-Papadia, *Le misure di prevenzione nella legge fondamentale, nelle leggi antimafia e nella legge antiviolenza nelle manifestazioni sportive*, Milano, 2002, pp. 514 – 590; Conte, *Poteri di accertamento, misure patrimoniali e sanzioni amministrative antimafia*, in *Foro it.,* 1984, V, c. 261; Maugeri, *op. cit.,* p. 371.

[110] Cass., Sez. II, 23 giugno 2004, n. 35628, Palumbo ed altri, Rv. 229726; Cass., 5 febbraio 1990, Montalto, in *Riv. pen.,* 1991, m. 95; Cass., 12 maggio 1987, Ragosta, in *Giust. pen.,* 1988, 3, c. 335; Corte d'Appello di Napoli, decreto 7 gennaio 1987, Sibilia, in *Foro it.,* 1987, 2, c. 359; Conte, *Poteri di accertamento, misure patrimoniali e sanzioni amministrative antimafia*, in *Foro it.,* 1984, p. 261.

pericolosità sociale qualificata [111].

La richiesta di questa duplice tipologia di indizi avrebbe dovuto fugare i dubbi circa la possibilità di sottoporre alle misure in esame persone che si siano limitate ad evadere il fisco[112]. **Questo pericolo, di sottoporre alla confisca antimafia i meri evasori fiscali, sussisteva,** però, e continua a sussistere laddove si accoglie quell'orientamento della giurisprudenza che **tende a considerare l'indizio per eccellenza circa l'illecita provenienza dei beni, e cioè la notevole "sproporzione tra il tenore di vita e i guadagni connessi all'attività lavorativa apparente", come "elemento tipico di valutazione della pericolosità sociale"**[113]**;** in tal modo quell'unico indizio finisce per essere sufficiente da una parte per essere sospettati di appartenenza ad un associazione mafiosa, e quindi pericolosi, dall'altra parte per ritenere che il patrimonio posseduto ha un'illecita provenienza, venendo ad espandere l'ambito di applicazione del provvedimento in esame al di là dei limiti previsti dal legislatore. **In tale direzione sembra, allora, fondamentale che le Sezioni Unite riconoscano in ogni caso ad un *proposto* la possibilità di dimostrare l'origine lecita dei suoi redditi, anche se sottratti al fisco, per sottrarsi ad indebite presunzioni di diversa illecita attività criminale e addirittura di appartenenza ad associazione mafiosa, fermo restando che la richiesta della duplice tipologia di indizi deve sempre essere ribadita; in tale direzione si deve evidenziare che effettivamente la giurisprudenza, anche se in seguito alle riforme del 2008 e del 2009 non richiede più l'attualità della pericolosità sociale, pretende, in ogni caso, l'accertamento incidentale della pericolosità del proposto**[114].

In seguito, però, all'entrata in vigore del d.l. n. 92/'2008, si è esteso l'ambito di applicazione della confisca ex art. 2 *ter* l. 575/65 nei confronti di tutti i soggetti a pericolosità generica, – ai sensi dell'art. 19 della l. 22 maggio 1975, n. 152 (Legge Reale) e oggi dell'artt. 4, lett. c) , 1, lett. a) e b) e 16 lett. a) d.lgs. n. 159/11 –, in quanto indiziati di essere dediti a traffici delittuosi o di vivere abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose[115], indipendentemente da quali siano i crimini fonte dei proventi (senza la delimitazione prevista dall'abrogato art. 14 l. 55/'90)[116]. Ne deriva, da una parte, che la *sproporzione* finisce per assurgere a indizio sia dell'origine illecita dei beni sia dello status di pericolosità generica, consistente nel vivere abitualmente, almeno in parte, con i proventi di attività delittuose, realizzandosi una vera e propria "*actio in rem*"; dall'altra parte che la giurisprudenza non ha esitato ad applicare la misura di prevenzione in esame anche nei confronti di soggetti indiziati di evasione fiscale, facendoli rientrare nella categoria dei soggetti indiziati di essere dediti a traffici delittuosi, espressione che consente di applicare le misure di prevenzione a soggetti indiziati di qualunque delitto, e di vivere abitualmente con i proventi del crimine.

In tale direzione la sezione misure di prevenzione del Tribunale di Vibo Valentia, con decreto datato 11 luglio 2013, ha applicato la misura di prevenzione patrimoniale ai beni di un imprenditore edile, soggetto "socialmente pericoloso" in quanto evasore fiscale, «ritenuto

[111] "Occorre prima stabilire che a carico di un soggetto esistano concreti indizi in ordine all'appartenenza ad un consesso criminoso. Svolto quest'accertamento si deve stabilire se in capo ad un soggetto si rinvengano sostanze di valore sproporzionato rispetto al tenore di vita dello stesso ed all'attività svolta. Infine, occorre raccogliere "sufficienti indizi" sulla base dei quali si abbia fondato motivo di ritenere che i beni di pertinenza di una persona, siano frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego», Così Cass., 16 dicembre 2005, n. 1014, L.P.T., in *iuritalia.it*, che usa l'espressione "sufficienti indizi" riferendosi all'art. 2 *ter* l. 575/65 nella versione precedente la riforma; cfr. Cass., Sez. II, 23 giugno 2004, n. 35628, Rv. 229725. Corte d'Appello di Napoli, decreto 13 ottobre 1986, Del Giudice, in *Foro it.,* 1987, 2, c. 360; Cass., 18 maggio 1992, Vicenti ed altri, in *Mass. Cass. pen.,* 1992, fasc. 12, m. 111; Conte, *Poteri di accertamento, misure patrimoniali e sanzioni amministrative antimafia*, in *Foro it*., 1984, parte V, c. 261; Nanula, *Il problema della prova della provenienza illecita dei beni*, cit., p. 10115; Fallone, *Luci ed ombre del procedimento di prevenzione patrimoniale*, in *Documenti Giustizia,* 1995, n. 4, p. 610; Gialanella, *I patrimoni di mafia — La prova, il sequestro, la confisca, le garanzie,* Napoli, 1998, pp. 119 — 124; Molinari-Papadia, *Le misure di prevenzione nella legge fondamentale e nelle leggi antimafia*, Milano, 1994, p. 416.

[112] Corte d'Appello di Napoli, 13 ottobre 1986, Del Giudice, in *Foro it*., 1987, 2, 364, in cui si stabilisce che un'evasione fiscale rilevante, non accompagnata da fatti significativi di pericolosità sociale qualificata, non costituisce presupposto sufficiente per l'applicazione della misura di prevenzione.

[113] Cass., 24 novembre 1986, Bontade, in *Cass. pen.,* 1988, p. 926.

[114] Cass., Sez. V, 13 novembre 2012, n. 14044, Occhipinti, Rv. 255043; Cass., Sez. I, 17 maggio 2013 (dep. 23 settembre 2013), n. 39204, Ferrara e altri, inedita; precedentemente Cass., 20 gennaio 2010, n. 11006, Cannone, Rv. 246682; Cass., 26 maggio 2009, n. 26751, in *Dejure;* Cass., 28 febbraio1995, n. 775, *ivi*.

[115] a) a coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi; b) coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose.

[116] Cass., Sez. V, 8 giugno 2011, n. 26044, Rv. 250923; Cass., Sez. un., n. 13426 del 2010; Cass., Sez. un., 25 marzo 2010, n. 13426, Cagnazzo; Cass., Sez. II, 14 maggio 2009, n. 33597, Rv. 244251; Cass., Sez. I, 26 maggio 2009, n. 26751, Rv. 244789; Cass., Sez. I, 5 febbraio 2009, n. 8510, Rv. 244399; Cass., Sez. I, 17 settembre 2008, n. 36748, Rv. 241138.

dedito a traffici delittuosi e che vive con proventi derivanti da attività criminali orbitanti nel campo dell'evasione fiscale e delle violazioni finanziarie in genere»[117]. Nel luglio 2012 il Tribunale di Chieti e nel gennaio del 2013 il Tribunale di Cremona[118] hanno applicato le misure di prevenzione patrimoniale e personale a un soggetto ritenuto evasore fiscale "socialmente pericoloso"[119]; l'evasore fiscale 'socialmente pericoloso', è definito come "colui che manifesta una personalità dedita all'evasione fiscale, continua e ripetuta, come vero e proprio stile di vita», sempre che ci sia una condotta abituale e non occasionale, «sistematicità delle operazioni truffaldine ed elusive, che è il filo conduttore che consente di giungere a un giudizio di pericolosità sociale»[120]. Nei provvedimenti in questione emerge effettivamente non solo la sistematica evasione fiscale, ma un'attività criminale complessa e organizzata, in cui l'evasione fiscale viene intrecciata ad altre attività criminali (nel provvedimento del Tribunale di Chieti si fa riferimento in realtà a "reati tributari, finanziari, economici, fallimentari, con spiccata capacità ad operare, per mezzo di prestanomi, tramite una rete di imprese tutte allo stesso riconducibili", il Tribunale di Cremona parla di una sorta di associazione a delinquere che operava con complessi schemi societari e false fatturazioni)[121].

Sempre in seguito alle riforme del 2008 e del 2009, inoltre, la pericolosità potrà non essere più attuale, con la conseguenza che sarà possibile confiscare i beni di soggetti indiziati di "essere stati dediti a traffici delittuosi", ammesso che l'essere indiziati di essere dediti…, alla luce dell'art. 2 *bis*, c. 6 *bis*, possa essere rivolto anche al passato, anche se la norma richiede che i preposti siano indiziati di essere dediti e non di essere stati dediti. L'aspetto più inquietante è rappresentato dalla circostanza che in base a tale disciplina non sussiste un limite temporale, nel senso che anche se sussistono indizi di un'attività delittuosa remota, sarà possibile applicare le misure patrimoniali; la spada di Damocle della confisca di prevenzione incombe sui profitti illeciti *sine die*: ciò se da una parte può essere valutato positivamente in termini di lotta al crimine e di prevenzione generale, può destare qualche problema in termini di effetti indiretti. Si pensi ad un'impresa che lavora lecitamente sul mercato, ma che in epoca ormai risalente ha evaso il fisco in maniera significativa e ha reinvestito tali "proventi", in termini di imposte evase, nella sua stessa attività economica: una confisca postuma di notevole importo potrebbe avere conseguenze catastrofiche per la tenuta economica dell'impresa e il destino dei lavoratori, a parte la pericolosità della teoria che consentirebbe di confiscare tutto laddove non si può distinguere tra lecito e illecito. Se ciò si ritiene possibile laddove si tratta di lottare contro l'infiltrazione mafiosa nell'economia, in considerazione anche della necessità di sottrarre alle organizzazioni criminali i proventi accumulati nel tempo attraverso attività criminali risalenti (senza la necessità di provare il nesso causale tra tali capitali e specifici reati, per la difficoltà di un simile accertamento), possiamo ritenere ammissibile ciò nell'ambito della mera lotta all'evasione fiscale rispetto a soggetti a pericolosità generica?

In ogni caso si rimanda a quanto rilevato in altra sede circa le perplessità sulla conformità ai principi di determinatezza del giudizio di pericolosità generica, anche alla luce dei principi sanciti in materia dalla Corte Costituzionale[122], e sull'opportunità politico criminale di una simile estensione dell'ambito di applicazione delle misure di prevenzione, che prevedono

[117] http://www.leggioggi.it/2013/08/27/evasore-fiscale-socialmente-pericoloso.

[118] Trib. di Cremona, 23 gennaio 2013, Pres. Massa, Est. Beluzzi, in *Dir. pen. cont.*, 3 settembre 2012.

[119] Trib. di Chieti, 12 luglio 2012, in *Dir. pen. cont.*, 3 settembre 2012.

[120] Rapino, *La modernizzazione delle misure di prevenzione. Riflessioni a margine dell'applicazione di misure personali e patrimoniali all' "evasore fiscale socialmente pericoloso"*, Nota a Trib. di Cremona, 23 gennaio 2013, Pres. Massa, Est.Beluzzi e a Trib. Chieti, 12 luglio 2012, Pres. Spinello, Est. Allieri, in *Dir. pen. cont.*, 3 settembre 2012.

[121] Il proposto era a capo di un complesso sistema criminale che consentiva di ottenere ingentissimi profitti mediante l'evasione dell'IVA, e che prevedeva la costituzione di una serie di cooperative di lavoro riunite in consorzi interconnessi, le quali emettevano fatture per operazioni inesistenti finalizzate ad operare una fittizia compensazione dell'IVA a debito accumulata con le attività di prestazioni di servizio effettivamente svolte. Tali cooperative, intestate a dei prestanome, avevano durata limitata e venivano subito sostituite per ostacolare i controlli.

[122] Corte Cost., 22 dicembre 1980, n. 177, in *Giur. Cost.*, 1980, c. 1546. La Corte Costituzionale si è pronunciata contro le fattispecie di pericolosità generica laddove ha precisato che i presupposti di fatto, sui quali fondare la prognosi di pericolosità, devono essere «*previsti dalla legge*» (e, perciò, passibili di accertamento giudiziale): le «*condotte presupposte per l'applicazione delle misure di prevenzione, poiché si tratta di prevenire reati, non possono non involgere il riferimento, esplicito o implicito, al o ai reati o alle categorie di reati della cui prevenzione si tratta, talché la descrizione della o delle condotte considerate acquista tanta maggiore determinatezza in quanto consenta di dedurre dal loro verificarsi nel caso concreto la ragionevole previsione (del pericolo) che quei reati potrebbero venire consumati ad opera di quei soggetti*». Dovrebbero, quindi, essere legislativamente descritti i comportamenti che costituiscono il presupposto del giudizio di pericolosità, nonché i reati di riferimento di tale giudizio; l'art. 14 l. 55/90 indicava, perlomeno, i reati di riferimento, con la sua abrogazione si ritorna a discutibili forme di pericolosità generica che non dovrebbero giustificare l'intervento patrimoniale (né, in realtà, quello personale).

comunque l'applicazione di misure limitative della libertà personale, del diritto di proprietà e della libertà d'iniziativa economica, in mancanza di una condanna[123]. Il discorso si può atteggiare diversamente laddove il procedimento preventivo diventa accessorio, per i profili patrimoniali, a un procedimento penale in cui si accerta la responsabilità penale.

Si deve ricordare, infine, che in una recente pronuncia la Suprema Corte, per tentare di delimitare l'ambito di applicazione delle misure di prevenzione ai soggetti a pericolosità generica, ha opportunamente valorizzato l'accertamento della "dedizione" ad attività illecite, evidenziando che «le norme previste dall'art. 1, nn. 1 e 2, della l. 27 dicembre 1956, n. 1423 – nella parte in cui statuivano (prima della loro formale abrogazione per effetto dell'art. 120, comma primo, lettera a) del D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159) che i provvedimenti previsti dalla legge si applicassero a coloro che "sono abitualmente dediti a traffici delittuosi" e a coloro che "vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose" – *sono soggette a stretta interpretazione, con esclusione dei reati contravvenzionali*»[124]. Tale interpretazione è doverosa, ad avviso della Suprema Corte, non solo in considerazione della gravità delle misure di prevenzione e della loro incidenza diretta, definitiva e sostanziale su beni essenziali dell'uomo e garantiti dalla nostra Costituzione e dalla CEDU (quali la libertà personale, il patrimonio e la stessa libertà di iniziativa economica, come sancito anche nella sentenza n. 93/2010 della Corte Costituzionale)[125], ma anche dei canoni ermeneutici sanciti dall'art. 12 delle preleggi e soprattutto del principio di stretta legalità che deve essere applicato anche alle misure di prevenzione, alla luce del processo di progressiva "giurisdizionalizzazione" di tale materia: «nel n. 1 e nel n. 2 il Legislatore aggiunge ai sostantivi "traffici e attività" l'aggettivo delittuosi, il cui unico significato è: "che costituiscono delitti". Pertanto il riferimento al termine delitto sgombra il campo da possibili estensioni alle contravvenzioni, restringendo l'applicazione delle misure di prevenzione solo ai soggetti sospettati di compiere le più gravi forme di reato. Mentre invece per le persone di cui al n. 3 la generica indicazione del termine "reato" consente di comprendere anche le contravvenzioni». La Suprema Corte precisa, infatti, che «poichè le misure di prevenzione hanno natura sostanzialmente e formalmente afflittiva e non possono perseguire alcuna finalità rieducativa, anche in tale materia il procedimento probatorio deve assumere il carattere della giurisdizionalità, sia sul piano soggettivo che su quello oggettivo: sul piano soggettivo, nel senso che deve essere un organo giurisdizionale a presiedere alla formazione della prova; sul piano oggettivo, nel senso che devono essere rigorosamente rispettati anche in materia di prevenzione i principi di riserva di legge e di determinatezza della fattispecie sanciti dagli artt. 13 e 27 Cost.[126]»[127].

5. La Direttiva in materia di confisca, approvata il 25 febbraio 2014 dal Parlamento Europeo: a proposito dei proventi dell'evasione fiscale.

Nella Proposta di Direttiva in materia di confisca, l'art. 4 imponeva l'adozione delle "misure necessarie per poter procedere alla confisca totale o parziale dei beni che appartengono a una persona condannata per un reato laddove, sulla base di fatti specifici, l'autorità giudiziaria ritenga molto più probabile che i beni in questione siano stati ottenuti dal condannato mediante attività criminali analoghe, piuttosto che da attività di altra natura"; si accoglieva in parte il modello più garantista previsto dalla decisione quadro 212/2005 richiedendo che il giudice accertasse non solo l'origine criminale dei beni, ma anche che i proventi provenissero da "attività criminali analoghe, piuttosto che da attività di altra natura". Uno dei risultati positivi della richiesta della medesima natura dell'attività criminale poteva essere quello di impedire la confisca dei beni laddove l'attività criminale di origine fosse stata l'evasione fiscale, nel senso che si sarebbe dovuto trattare dei proventi di attività criminale avente natura simile

[123] Da ultimo Maugeri, *Un'interpretazione restrittiva delle intestazioni fittizie*, cit., § 3.
[124] Cass., Sez. II, 23 marzo 2012, n. 16348, in *Dejure* e in *Diritto & Giustizia,* 4 maggio 2012 (con nota di De Francesco); conforme Trib. di Brindisi, 16 aprile 2013, Rossini, est. Biondi.
[125] Cfr. Cass., Sez. V, 17 novembre 2011, n. 7800, Rv. 251716.
[126] La Corte cita Sez. I, 21 gennaio 1991, n. 212, Rv. 186501; Cass., Sez. VI, 4 gennaio 2000, n. 8, Rv. 215856.
[127] Così Cass., Sez. II, 3 maggio 2012, n. 16348, in *Dejure.*

a quella oggetto di condanna o, comunque, a quella per la quale la stessa Proposta di Direttiva prevedeva l'introduzione di questa forma allargata di confisca, e cioè gravi reati connessi alla criminalità organizzata, non erano previsti delitti di natura fiscale. Per il resto, la richiesta della natura simile dell'attività criminale a monte dei presunti profitti illeciti poteva essere valutata meno positivamente in termini di efficienza del modello di confisca allargata in questione, perché se da una parte nella stessa disciplina si abbassavano le garanzie (anche rispetto ai modelli di confisca allargata contemplati nella direttiva 212/2005) accontentandosi della prova civilistica (rinforzata) dell'origine illecita dei beni da confiscare, molto più probabile che no, dall'altra si delimitava l'ambito di applicazione della confisca; e se il giudice avesse accertato, anche se in base allo standard civilistico, che i beni provenissero da reati aventi natura diversa? Non li avrebbe potuti confiscare e si sarebbe dovuto iniziare un altro procedimento per ottenere una condanna e applicare la confisca nei confronti di questi beni[128].

In ogni caso nella prassi, a parte ipotesi limite come quella dell'evasione fiscale, trattandosi di fornire una mera prova civilistica, più probabile che no, dell'origine da reati di natura analoga, l'accusa finirà per dimostrare la mera mancanza di prove circa l'origine lecita e, quindi, per presumere la continuità nel passato di un'attività criminale similare a quella oggetto di condanna e fonte del patrimonio del condannato; mentre la difesa cercherà di provare l'origine lecita, non avendo interesse a fornire prove per dimostrare che l'imputato ha svolto attività criminale di natura diversa rispetto a quella presunta.

La Commissione LIBE, invece, propone l'abolizione del riferimento alla natura analoga dell'attività fonte, ma tale *deminutio* viene compensata dalla specificazione del requisito della sproporzione, come accennato. L'emendamento è accolto dalla Direttiva, nella versione approvata dal Parlamento, che stabilisce all'art. 5 "Member ***States*** shall adopt the necessary measures to enable the ***confiscation***, either in whole or in part, ***of*** property belonging to a person convicted of a criminal offence ***which is liable to give rise, directly or indirectly, to economic benefit, where a court, on the basis of the circumstances of the case, including the specific facts and available evidence, such as that the value of the property is disproportionate to the lawful income of the convicted person, is satisfied that the property in question is derived from criminal conduct".*** Non si fa più espresso riferimento nella norma allo standard della prova civilistico, ma non si richiede come nella Decisione quadro 212/2005 che il giudice sia pienamente convinto; si usa, piuttosto, l'ambigua espressione "*where a court …is satisfied*" e nel considerando n. 21 si precisa che sarà sufficiente il soddisfacimento dello standard civilistico o sarà possibile applicare ragionevoli presunzioni[129].

Nell'emendamento proposto dalla Commissione LIBE ("***ad esempio il fatto che il valore di un bene sia sproporzionato rispetto al reddito legittimo della persona condannata"***) e nella norma della Direttiva in esame (art. 5, "***such as that the value of the property is disproportionate to the lawful income"***) si utilizza come parametro di valutazione della sproporzione solo il reddito legittimo, un'espressione ampia che dovrebbe consentire di fare riferimento a tutti i redditi legittimi, sia quelli dichiarati al fisco sia quelli non dichiarati.

6. Conclusioni.

Manifestato il favore per l'orientamento più garantista della Suprema Corte, espresso in relazione alla confisca *ex* art. 12 *sexies* d.l. 306/92 – con tutte le conseguenze che ne derivano, come esaminato – in quanto più conforme ad esigenze di rispetto del principio di legalità e di proporzione, anche in considerazione della *ratio* politico criminale delle misure

[128] Sia nella relazione introduttiva sia nel preambolo all'articolato si fa riferimento espressamente a reati di "natura o gravità analoghe" ("*other criminal activities of similar nature or gravity*" (), "*other criminal offences, of similar nature or gravity as the criminal offence for which the person is convicted*" ()) e nella decisione quadro 212/2005 tale ipotesi, e quindi tale modello di confisca, viene prevista specificamente come alternativa a quella fondata sull'accertamento della mera origine illecita dei beni da confiscare, senza richiedere la medesima natura dell'attività criminale fonte, ma piuttosto la correlazione temporale oppure la sproporzione.

[129] ***(21) "Extended confiscation should be possible where a court is satisfied that the property in question is derived from criminal conduct. This does not mean that it must be established that the property in question is derived from criminal conduct. Member States may provide that it could, for example, be sufficient for the court to consider on the balance of probabilities, or to reasonably presume that it is substantially more probable, that the property in question has been obtained from criminal conduct than from other activities. In this context, the court has to consider the specific circumstances of the case, including the facts and available evidence based on which a decision on extended confiscation could be issued….".***

in esame, si dubita che le Sezioni Unite faranno passi indietro rispetto all'ammissibilità della confisca dei proventi dell'evasione fiscale, perlomeno ai sensi dell'art. 2 *ter* l. 575/65 (24 cod. mis. di prev.); si avrebbe il timore di indebolire il sistema della prevenzione patrimoniale tanto decantato e promosso a livello politico.

Si auspica, in ogni caso, che le **Sezioni Unite impongano il principio che il condannato o il proposto possano fare valere i redditi leciti ma non dichiarati per dimostrare il carattere proporzionato dei beni o l'origine lecita**, salvo eventualmente ad imporre che vengano decurtati in misura corrispondente all'imposta dovuta che diventerebbe profitto illecito confiscabile;

anche laddove si ammetta la confisca dei proventi dell'evasione fiscale con gli strumenti in esame, non si ritenga comunque confiscabile tutto l'imponibile, ma solo il profitto risparmio in termini di imposte evase;

e non si applichi *tout court* la confisca laddove il condannato o il proposto abbiano acceduto a procedure conciliative, in quanto i profitti non saranno più illeciti e il principio di unità e coerenza dell'ordinamento giuridico, di proporzione e del divieto del *ne bis in idem* si oppongono a una conclusione diversa.

Si può evidenziare, a tal proposito, come la Corte Europea ha ritenuto i procedimenti di prevenzione patrimoniali non in contrasto con la CEDU in quanto perseguano "uno scopo legittimo e siano necessari per garantire il soddisfacimento di un interesse della collettività", con **riferimento alla loro applicazione a soggetti a pericolosità qualificata**, valutando il sacrificio del diritto di proprietà, che la confisca misura di prevenzione comporta, quale strumento proporzionato allo scopo perseguito, individuato nella lotta alla criminalità organizzata (o, in relazione alle forme di confisca allargata previste in Gran Bretagna, alla lotta contro il narcotraffico…)[130]; si dovrebbe verificare se tale valutazione di compatibilità possa essere confermata rispetto alla lotta all'evasione fiscale o, in maniera indistinta, rispetto a qualunque ipotesi di pericolosità generica.

Si dubita che questo allargamento dell'ambito di applicazione della confisca antimafia e della stessa confisca allargata sia compatibile con le direttive derivanti dalla decisione quadro 212/2005, – anche se ormai si potrebbe affermare *fosse* compatibile, in seguito all'approvazione della Direttiva che sostituirà almeno parzialmente la decisione quadro 212/2005[131] –, che limita l'applicazione della confisca allargata al settore della criminalità organizzata e a reati particolarmente gravi, o sia compatibile con la Direttiva, perlomeno nella versione approvata dal Parlamento. Quest'ultima non solo, a monte, non ha accolto *tout court* il modello di confisca senza condanna, piuttosto ampio, proposto dalla Commissione LIBE, ma impone l'adozione della confisca allargata in seguito a condanna, ricomprendendo quindi la confisca ex art. 12 *sexies*, in relazione ai reati di corruzione pubblica e privata, criminalità organizzata, pornografia minorile, trattamento illegale di dati, e comunque i reati contemplati dagli strumenti legali elencati nell'art. 3 della Direttiva e puniti con pena detentiva con massimo non inferiore a quattro anni (art. 5, c. 2) [132] (fermo restando che "*This Directive is without prejudice to the procedures that Member States may use to confiscate the property in question*", art. 1, c. 2).

[130] Cfr. Maugeri, *op. cit.*, p. 678 ss. - p. 530 ss.; Id., *La lotta contro l'accumulazione*, cit., p. 546 ss. - 542 ss.; Id., *La conformità dell'*actio in rem *con il principio del mutuo riconoscimento,* cit., 187 ss.; Padeletti, *Art. 1 Prot. add. Conv. eur dir. uomo,* in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali,* in Bartole-Conforti-Raimondi (a cura di), Padova, 2001, 814 ss.; Maiello, *Confisca, CEDU e diritto dell'Unione tra questioni irrisolte ed altre ancora aperte*, in questa *Rivista*, 2012, 3-4, 15 ss.; Abbadessa-Mazzacuva, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto di proprietà (art. 1 Prot. 1 CEDU)*, in questa *Rivista*, 2011, 323 ss.; Balsamo, *Il rapporto tra forme "moderne" di confisca e presunzione di innocenza: le nuove indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2007, 3936; Madhlom, *Confiscation and Conspiracy: The Timing and Substance of a Conspiracy to Evade Excise Duty*, in *Journ. of Crim. Law*, 2011, 356 ss.

[131] Considerando n. 9: "This Directive aims to amend and expand the provisions of Framework Decisions 2001/500/JHA and 2005/212/JHA. Those Framework Decisions should be partially replaced for the Member States bound by this Directive". Cass., Sez. II, 18 gennaio 2012, n. 4316, in *Dejure*.

[132] "*(e) a criminal offence that is punishable, in accordance with the relevant instrument in Article 3 or, in the event that the instrument in question does not contain a penalty threshold, in accordance with the relevant national law, by a custodial sentence of a maximum of at least four years*". Ai sensi dell'art. 3 la direttiva sarà applicabile sostanzialmente ai reati contemplati dall'art. 83, § 1, del TFUE nell'ambito della lotta contro gravi reati: il terrorismo, la tratta degli esseri umani e lo sfruttamento sessuale dei minori (la pornografia minorile), il traffico illecito di stupefacenti, il riciclaggio di denaro, la corruzione, la contraffazione di mezzi di pagamento, la criminalità informatica e la criminalità organizzata. Fermo restando che potrà essere applicata ad altri reati previsti da ulteriori strumenti legislativi (***as well as other legal instruments if those instruments provide specifically that this Directive applies to the criminal offences harmonised therein*).** Si restringe così l'ambito di applicazione della direttiva ad alcuni gravi reati connessi al crimine organizzato, anche se proprio attraverso l'inserimento della sfera di criminalità relativa alla "criminalità organizzata" si consentirà l'applicazione della direttiva ad altri reati, purchè realizzati appunto in forma organizzata alla luce della definizione di organizzazione criminale fornita dalla decisione quadro 2008/841/GAI relativa alla lotta contro la criminalità organizzata. Cfr. Maugeri, *La proposta di direttiva UE in materia di congelamento e confisca*, cit., 184.

ADESCAMENTO DI MINORENNI TRAMITE FACEBOOK: TRA TENTATIVO DI VIOLENZA SESSUALE MEDIANTE INDUZIONE CON INGANNO E NUOVO ART. 609-*UNDECIES* C.P.

Nota a Trib. di Bassano del Grappa, Ufficio G.i.p., sent. 20 dicembre 2012, Giudice Brunello e a C. App. di Venezia, Sezione Terza Penale, 20 giugno 2013, Giudici Sandrini, Bianchi, Majolino.

Marco Montanari

Abstract

È configurabile una violenza sessuale quando il soggetto passivo venga indotto all'atto sessuale mediante una condotta ingannatoria? Le sentenze di merito qui commentate forniscono lo spunto per una ricostruzione del complesso dibattito dottrinale e giurisprudenziale sull'art. 609-bis co. 2 c.p., sullo sfondo di una ricca casistica che comprende ipotesi boccaccesche, come quelle di finti ginecologi e odontoiatri (!) che inducono le rispettive pazienti a compiere atti sessuali a fini asseritamente terapeutici, o quelle di "maghi" che convincono le clienti a rapporti sessuali con lo scopo di vincere il malocchio. Le peculiarità del caso di specie (nel quale l'imputato – attribuendosi falsamente la qualifica di responsabile di un'agenzia di moda – aveva proposto ad una ragazza quindicenne, mediante messaggi su *Facebook*, rapporti sessuali in cambio di un futuro da modella, senza tuttavia riuscire nel proprio intento) costituiscono altresì lo spunto per interrogarsi sulla questione, altrettanto delicata, della soglia cronologica a partire dalla quale può essere ravvisata una violenza sessuale tentata, anche alla luce del nuovo dato normativo rappresentato dal delitto di adescamento di minorenne, di cui all'art. 609-*undecies* c.p.

Sommario

1. Il fatto. – 2. La qualificazione giuridica del fatto nelle sentenze di primo e secondo grado. – 2.1. La sentenza di primo grado. – 2.2. La sentenza di secondo grado. – 3. Rilievi critici. – 3.1. La questione della soglia del tentativo punibile nella violenza sessuale. – 3.2. Induzione a compiere e subire atti sessuali. – 3.3. Il significato dell'inciso "per essersi il colpevole sostituito ad altra persona". – 3.4. Una possibile qualificazione alternativa ai sensi dell'609-*bis* co. 2 n. 1) c.p. (abuso delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della vittima)?. – 4. Sull'adescamento di minorenni ex art 609-*undecies* c.p. – 5. Conclusioni.

1. Il fatto.

A. P., un fisioterapista di ventisei anni, contatta tramite *Facebook* con un *account* falso la quindicenne H. A., millantando di essere il responsabile veneto di un'agenzia di moda milanese. Il giovane rivolge immediatamente e ripetutamente alla ragazzina l'invito a posare in abbigliamento intimo (mutandine e reggiseno) durante un *casting* a casa sua, a Cittadella, primo passaggio necessario per l'avvio di una radiosa carriera nel mondo della moda.

Ben presto, però, si rivelano le reali intenzioni di A. P.: il fisioterapista, infatti, propone ad H. A. di avere rapporti sessuali con lui, affermando che "a volte capita che ai provini succede anche altro, ovviamente se la ragazza lo vuole" e precisando che "questo ovviamente dà spazio a bei vantaggi tipo il *book gratis* e la possibilità di passare il provino al 99%". Il ragazzo, inoltre, si informa sulla verginità della quindicenne (a seguito della risposta affermativa della stessa commenta che immagina sia "questo il problema più grosso") e non esita, su precisa domanda di quest'ultima, a rivelare esplicitamente la natura essenzialmente sessuale dell'incontro ("Sesso?" scrive H. A.; "Eh già!" risponde A. P.).

La ragazzina, tuttavia, non cede alle lusinghe del fisioterapista, non tanto per non aver creduto alle sue promesse, quanto perché ritiene che certe cose non "fanno per me… tipo adulti che scopano con minorenni". Dopo essersi confidata con la madre, H. A. presenta quindi querela nei confronti di A. P.

In sede di indagine, si accerta: a) che il fatto contestato si sviluppa nell'arco di undici giorni (dal 14 al 24 aprile 2012), attraverso una pluralità di conversazioni fra i soggetti coinvolti; b) che A. P. è a conoscenza della giovanissima età di H. A.; c) che tra le parti non fu mai concordata una data concreta per lo svolgimento del provino; d) che la vantata qualifica professionale dell'imputato, così come del resto i suoi contatti nel mondo della moda, sono del tutto inesistenti.

2. La qualificazione giuridica del fatto nelle sentenze di primo e secondo grado.

2.1. *La sentenza di primo grado.*

In sede di giudizio abbreviato, il G.i.p. ritiene colpevole A. P. del delitto di cui agli artt. 56 e 609-*bis* co. 2 n. 2) c.p., e dunque di tentativo di violenza sessuale mediante induzione, realizzata traendo in inganno la persona offesa attraverso la sostituzione con altra persona.

Il giudice di prime cure, in particolare, interpreta l'art. 609-*bis* co. 2 n. 2) c.p. nel senso che esso vieterebbe di "convincere, persuadere, far convergere l'altrui volontà rispetto al compimento ovvero al subire atti sessuali mediante l'attribuzione di una identità personale diversa dal vero"[1] e che "contribuiscono a formare tale identità il nome e anche le qualifiche soggettive, a partire da quelle professionali e lavorative, della persona"[2]. Ciò premesso, il G.i.p. conclude che la condotta dell'imputato sia astrattamente sussumibile nel disposto dell'art. 609-*bis* co. 2 n. 2) c.p., in quanto sarebbero stati proprio l'auto-attribuzione su *Facebook* di un nome falso e di uno *status* professionale non corrispondente al vero gli strumenti utilizzati per trarre in inganno la minore ed indurla al compimento degli atti sessuali[3]. In altri termini, A. P. avrebbe cercato di indurre H. A. a concedergli la prestazione sessuale prospettandole la falsa possibilità di venire da lui avviata nel mondo della moda, possibilità resa potenzialmente credibile proprio dall'auto-attribuzione di un'identità e di una qualifica professionale fittizie.

Ovviamente, in mancanza del compimento degli atti sessuali, il delitto non può che ricorrere nella sua forma tentata. Secondo il giudice di primo grado, risulterebbero integrati sia il requisito della "direzione non equivoca degli atti" sia quello della loro "idoneità". Sotto il primo punto di vista, il G.i.p. valorizza gli stralci delle conversazioni intercettate sopra ripor-

[1] Cfr. sentenza di primo grado in commento, p. 5.
[2] Cfr. sentenza di primo, cit., p. 5. A sostegno di tale asserzione vengono richiamate dal giudice le seguenti pronunce della Suprema Corte: Cass. pen., Sez. III, 6 maggio 2010, n. 20578 e Cass. pen., Sez. V, 27 settembre 2006, n. 36094.
[3] Cfr. sentenza di primo, cit., p. 8.

tate[4]. Sotto il secondo profilo, invece, il giudice evidenzia come l'accertamento dell'idoneità degli atti debba essere effettuato in una prospettiva *ex ante* (e non *ex post)*: dal fatto che H. A. non abbia accettato di recarsi al provino non potrebbe dunque dedursi l'inidoneità degli atti di induzione al compimento della prestazione sessuale. Inoltre, non trova condivisione la tesi difensiva per la quale non sarebbe stato assolutamente credibile un appuntamento per il provino nella abitazione privata dell'imputato a Cittadella (comune incantevole, ma non certo capitale della moda italiana), ubicazione sicuramente *sui generis* per lo svolgimento di una simile attività: secondo il G.i.p., infatti, l'auto-attribuzione da parte di A. P. della qualifica di responsabile sul territorio di un'agenzia di moda milanese avrebbe potuto giustificare la particolarità della sede del provino[5]. Il giudice di prime cure non ritiene infine esistente alcuna desistenza dall'azione da parte dell'imputato, il reato non essendosi consumato esclusivamente per fatti estranei alla volontà del soggetto attivo e, in particolare, per il rifiuto della giovane ragazza di accettare la proposta rivoltale[6].

La sentenza di primo grado accoglie così integralmente la prospettazione dell'accusa, ad eccezione della continuazione del reato *ex* art. 81 cpv. c.p.: infatti, i vari atti concretamente posti in essere dall'imputato non sarebbero configurabili come plurime violazioni di una stessa disposizione di legge, in esecuzione di un medesimo disegno criminoso, bensì come "tasselli di un unico tentativo di violenza sessuale"[7].

2.2. *La sentenza di secondo grado.*

La Corte d'appello ritiene invece A. P. colpevole del solo delitto di sostituzione di persona di cui all'art. 494 c.p., escludendone la responsabilità per il delitto di tentativo di violenza sessuale.

La Corte concorda invero con il G.i.p. che il requisito del "sostituirsi ad altra persona" di cui all'art. 609-*bis* co. 2 n. 2) c.p. comprenda non solo la sostituzione materiale, fisica del soggetto agente, ma anche l'ipotesi in cui questi si attribuisca una falsa qualifica professionale. Tuttavia, a far difetto sarebbe il distinto requisito dell'"induzione" all'atto sessuale. La Corte ritiene in proposito, giudicando fondati i motivi della difesa, che la condotta *costrittiva* di cui all'art. 609-*bis* co. 1 c.p. possa essere integrata solamente in quei casi in cui gli atti sessuali vengano compiuti *contro* la volontà della vittima, e dunque in presenza di un dissenso della stessa all'interrelazione sessuale imposta dal soggetto attivo; mentre la condotta *induttiva* di cui al secondo comma presupporrebbe una *cooperazione* della vittima, la quale dunque acconsentirebbe all'interrelazione sessuale, anche se solo in base ad un consenso reso invalido dall'abuso delle sue condizioni di inferiorità fisica o psichica (art. 609-*bis* co. 2 n. 1) c.p.) oppure dall'inganno posto in essere attraverso la sostituzione di persona (art. 609-*bis* co. 2 n. 2) c.p.). Entrambe le condotte, parificate quanto al trattamento sanzionatorio, sarebbero peraltro accomunate dall'effetto di *azzerare* totalmente la volontà della vittima al compimento degli atti sessuali. Ne consegue che la fattispecie di cui al secondo comma della norma in esame potrebbe essere integrata esclusivamente nei casi in cui la condotta induttiva abbia avuto un disvalore tale da rendere *necessitato* il consenso del soggetto passivo. In altri termini, un soggetto potrebbe essere condannato per il delitto di cui all'art. 609-*bis* co. 2 c.p. solamente nei casi in cui il suo comportamento sia stato tale da azzerare la possibilità della vittima di scegliere di sottrarsi al rapporto sessuale, sia stato tale, cioè, da *costringere* la stessa *a scegliere* il compimento degli atti sessuali[8].

A sostegno della propria lettura, la Corte richiama una sentenza della Cassazione nella quale era stata ravvisata l'ipotesi delittuosa di cui all'art. 609-*bis* co. 2 n. 2)[9]. Il caso riguardava un medico che, facendo credere erroneamente alla vittima minorenne – affetta da condizioni di particolare fragilità psicologica – di essere specializzato in ginecologia, la induceva ad avere rapporti sessuali asseritamente connotati da finalità curativa. Qui, l'avere persuaso una mino-

[4] Cfr. sentenza di primo, cit., pp. 6 ss.
[5] Cfr. sentenza di primo, cit., pp. 8 ss.
[6] Cfr. sentenza di primo, cit., p. 8.
[7] Cfr. sentenza di primo, cit., p. 9.
[8] Cfr. sentenza di secondo, cit., pp. 11 ss.
[9] Cfr. Cass. pen., Sez. III, 6 maggio 2010, n. 20578.

re psicologicamente fragile a sottoporsi a pratiche sessuali con finalità "terapeutica" avrebbe effettivamente rappresentato, secondo la Corte d'appello, una condotta idonea a rendere necessitato il consenso della vittima; mentre una simile situazione non si riscontrerebbe nel caso ora all'esame, nel quale il consenso della vittima potrebbe risultare al più viziato, ma non *necessitato,* in relazione alla prospettiva - certamente dotata di un minor potenziale persuasivo - di poter beneficiare di vantaggi per la carriera nel mondo della moda.

Escluso ogni addebito di violenza sessuale, il fatto commesso dall'imputato sarebbe dunque unicamente qualificabile come sostituzione di persona ai sensi dell'art. 494 c.p.[10], che punisce la condotta di "chiunque, al fine di procurare a sé o ad altri un vantaggio o di recare ad altri un danno, induce taluno in errore, sostituendo illegittimamente la propria all'altrui persona, o attribuendo a sé o ad altri un falso nome, o un falso stato, ovvero una qualità a cui la legge attribuisce effetti giuridici". Il collegio ritiene sussistente l'induzione in errore mediante l'auto-attribuzione di una falsa identità nel comportamento di A. P. e, in particolare, nel suo approccio telematico alla minore, caratterizzato dalla prospettazione di un falso nome e di millantate qualità professionali. Inoltre, risulterebbe integrato anche il dolo specifico, avendo l'imputato agito al fine di conseguire un vantaggio di natura non patrimoniale quale il compimento delle prestazioni sessuali da parte della ragazzina o, almeno, la sua disponibilità a farsi ritrarre in foto pornografiche in abbigliamento intimo.

3. Rilievi critici.

Entrambe le pronunce concordano, a ben guardare, sull'affermazione che l'imputato abbia commesso un fatto di sostituzione di persona, attribuendosi falsamente qualità professionali inesistenti; ma, mentre il G.i.p. considera tale condotta quale mera modalità attuativa di un (ben più grave) tentativo di violenza sessuale ai sensi dell'art. 609-*bis* co. 2 n. 2) c.p., la Corte d'appello esclude tale ultima qualificazione ritenendo non integrato l'estremo dell'"induzione" all'atto sessuale, con conseguente sussistenza del solo delitto di sostituzione di persona.

Il nodo problematico concerne, dunque, la possibilità di qualificare il fatto come tentativo di violenza sessuale: nodo problematico al quale sono dedicati i rilievi che seguono.

3.1. *La questione della soglia del tentativo punibile nella violenza sessuale.*

Prima ancora di valutare se, e in che misura, sussista nella specie un'attività "induttiva" suscettibile di essere inquadrata nel paradigma di cui all'art. 609-*bis* co. 2 c.p., conviene porsi preliminarmente il problema se sia possibile, in presenza di mere "proposte" di atti sessuali da compiersi in un ancora indeterminato futuro, individuare gli estremi di un tentativo punibile al metro dell'art. 56 c.p. Il problema è di particolare attualità, anche alla luce del nuovo art. 609-*undecies* c.p., sul quale si tornerà più innanzi, che – punendo le condotte di "adescamento" di minorenni ed in virtù della clausola di riserva "se il fatto non costituisce più grave reato" – presuppone logicamente che tali condotte *non* siano già autonomamente punibili quali tentativi di violenza sessuale, o di atti sessuali con minorenni.

Ora, l'art. 56 c.p. richiede, come noto, che gli atti punibili debbano essere *idonei* e *diretti in modo non equivoco* a commettere un delitto. Il primo dei due requisiti implica che gli atti compiuti devono aver creato la probabilità della consumazione del reato, secondo una valutazione da compiersi *ex ante*. Da questo punto di vista, è certamente corretta l'affermazione del G.i.p. (cfr., *supra*, 2.1.), secondo cui le false promesse di vantaggi per la carriera nel mondo della moda avrebbero effettivamente potuto spingere una ragazzina di quindici anni al compimento di atti sessuali, a poco rilevando la singolare sede del provino[11].

Più problematica è invece l'integrazione dell'altro requisito, quello della direzione non equivoca degli atti. Come noto, in dottrina sussistono almeno due orientamenti contrapposti. Da un lato vi è chi sostiene, in modo più rigoroso, che per atti univoci debbono intendersi so-

[10] Cfr. sentenza di secondo, cit., pp. 12 ss.
[11] Cfr. sentenza di primo, cit., pp. 9 ss.

lamente gli atti esecutivi, cioè gli "atti tipici che corrispondono (…) almeno ad una parte dello specifico modello di comportamento descritto dalla norma incriminatrice di parte speciale. Con la conseguenza che sono penalmente irrilevanti a titolo di tentativo gli atti preparatori, cioè gli atti che abbiano un carattere strumentale rispetto alla realizzazione, non ancora iniziata, di una figura di reato"[12]. Dall'altro lato vi è chi, anticipando la soglia di punibilità, amplia il concetto di atti univoci a quegli atti che "considerati nella loro oggettività riflettano in maniera sufficientemente congrua la direzione verso il fine criminoso", cioè quegli atti che, anche se non ancora tipici ed inizialmente esecutivi, siano in grado di "parlare da sé", non potendo che essere interpretati da un ipotetico osservatore esterno se non come diretti unicamente a commettere un determinato delitto. In altri termini - con un'affermazione che, peraltro, secondo alcuni godrebbe di una propria autonomia - si tratterebbe di atti che si pongono in prossimità logico-cronologica rispetto alla consumazione del delitto e, dunque, in un rapporto di stretta anticipazione rispetto agli atti tipici[13].

Per chiarire la differente portata applicativa delle posizioni dottrinali appena riportate, si può ricorrere al classico esempio della rapina in banca. Secondo la prima tesi, potrebbero essere condannati per tentativo di rapina solo quei soggetti che abbiano cominciato a compiere atti di effettiva violenza alla persona: che abbiano cioè iniziato ad integrare le condotte tipiche del delitto di cui all'art. 628 c.p. (ad esempio puntando le pistole contro gli impiegati). Secondo l'altra posizione (articolabile potenzialmente, come detto, in due differenti sotto-teorie), sarebbero punibili anche quei soggetti che, ancora in macchina fuori dalla banca, si siano limitati a predisporre armi e passamontagna, realizzando così atti (non ancora tipici, ma) che da parte di un osservatore esterno (o in una prospettiva di prossimità logico-cronologica) non potrebbero che essere considerati come diretti unicamente a commettere una rapina.

Si ritiene solitamente che la prima teoria sia quella più rigorosa e garantista. Nel nostro caso si potrebbe però arrivare, paradossalmente, a smentire questa affermazione. Ritenendo che il tentativo possa configurarsi unicamente con un inizio di esecuzione degli atti tipici (e cioè degli atti descritti dalla norma incriminatrice), si potrebbe giungere a considerare integrato il delitto di cui agli artt. 56 e 609-*bis* co. 2 n. 2) c.p.: nel nostro caso, potrebbe infatti sostenersi – tralasciando per il momento ogni valutazione sulla bontà di tale qualificazione giuridica – che la condotta dell'imputato abbia *già* integrato l'elemento della "sostituzione di persona" richiesto dalla norma incriminatrice.

Sposando la seconda posizione dottrinale, più difficilmente si potrebbe invece ritenere configurabile il tentativo di violenza sessuale. La mera presa di contatto con la minore su *Facebook* costituisce infatti un *atto troppo lontano* - nel tempo e nel decorso logico degli eventi - per essere considerato univocamente diretto alla commissione della violenza sessuale; tanto più che nel caso concreto non fu mai concordata una data precisa per lo svolgimento del provino. Inoltre - e si tratta di considerazione più generale - deve sottolinearsi come l'introduzione del nuovo art. 609-*undecies* c.p. sia stata giustificata proprio dalla necessità di coprire questo tipo di condotte, difficilmente ritenuta sussumibile (non solo in Italia) sotto alle norme incriminatrici della tentata violenza sessuale[14].

3.2. *Induzione a compiere e subire atti sessuali.*

Assumiamo però che possa effettivamente ritenersi integrato l'estremo degli "atti diretti in modo non equivoco", sulla base dell'avvenuto compimento di una condotta di sostituzione di

[12] Cfr. G. Marinucci – E. Dolcini, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, 2012, p. 401.

[13] Cfr. G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto penale. Parte Generale*, 2007, pp. 466 ss. Per una sintetica ed ordinata ricostruzione delle teorie in materia e, soprattutto, per una valutazione sulla configurabilità del tentativo in una fattispecie analoga a quella in commento cfr. M. Vizzardi, *Sull'"adescamento" di minore tramite* social network *e il tentativo di atti sessuali con minorenne*, in *questa Rivista*, 2012, 1, pp. 196 ss.

[14] Cfr. M. Vizzardi, *Sull'"adescamento" di minore*, cit., p. 199. Ad ogni modo, a potenziale sostegno della posizione fatta propria dal G.i.p. e fondata sulle riportate conversazioni intercettate, si può ricordare Cass. pen., Sez. III, 23 maggio 2006, n. 34128, secondo la quale "è configurabile il tentativo del delitto di violenza sessuale quando, pur in mancanza del contatto fisico tra imputato e persona offesa, la condotta tenuta dal primo denoti il requisito soggettivo dell'intenzione di raggiungere l'appagamento dei propri istinti sessuali e quello oggettivo dell'idoneità a violare la libertà di autodeterminazione della vittima nella sfera sessuale". Nella specie si è ritenuto che configurasse atto idoneo, diretto in modo non equivoco a commettere il reato di violenza sessuale, la trasmissione di una missiva contenente la minaccia alla sua destinataria di diffusione di un fotomontaggio della sua figura in pose oscene in riviste pornografiche, qualora essa non avesse registrato una videocassetta che la riprendeva in atteggiamenti osceni e l'avesse, poi, depositata in luogo previamente indicato.

persona: e dunque – in ipotesi – di atti *esecutivi* in quanto "tipici" *ex* art. 609-*bis* co 2 n. 2) c.p. Il problema successivo che occorre a questo punto affrontare è se possa ritenersi sussistente un'attività "induttiva" ai sensi della norma in esame, sia pure non sfociata nell'effettivo compimento di atti sessuali da parte della vittima.

Ad avviso della Corte d'appello, come si è detto, l'induzione di cui al secondo comma della norma presupporrebbe un consenso *necessitato* della vittima. La Corte realizza in questo modo un parallelismo tra i due commi dell'art. 609-*bis* c.p., che sarebbero accomunati dall'*impossibilità* di sottrarsi al compimento dell'atto sessuale.

In realtà, tale interpretazione risulta contrastante con il più consolidato criterio di differenziazione fra le condotte induttive e quelle costrittive. Queste ultime presuppongono, in effetti, il *dissenso* della vittima; le prime, al contrario, richiedono la presenza di un suo *consenso*, seppur invalido perché ottenuto attraverso l'abuso delle sue condizioni di inferiorità fisica o psichica, oppure perché carpito per mezzo dell'inganno derivante dalla sostituzione di persona. In altre parole, si ha costrizione quando la vittima *non vuole*, ma subisce ugualmente, l'imposizione dell'atto sessuale[15]; si ha invece induzione quando la vittima *vuole* l'atto sessuale, ma la determinazione di volontà risente della condotta persuasiva (spesso sottile e subdola) del soggetto attivo, così che la stessa non avrebbe fatto o subito gli atti sessuali se non fosse stata a ciò spinta, istigata o convinta dal soggetto inducente[16].

Questa linea interpretativa è stata del resto recentissimamente confermata indirettamente dalle Sezioni unite della Corte di cassazione. Pronunciandosi sui criteri di differenziazione tra la fattispecie di concussione "costrittiva" di cui al nuovo art. 317 c.p. da quella di induzione indebita a dare o promettere utilità di cui al nuovo art. 319-*quater* c.p., le Sezioni unite hanno evidenziato che "la fattispecie di induzione indebita di cui all'art. 319-*quater* c.p. è caratterizzata da una condotta di *pressione non irresistibile* da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio, che lascia al destinatario della stessa un *margine significativo di autodeterminazione* e si coniuga con il perseguimento di un suo indebito vantaggio. Nella concussione di cui all'art. 317 c.p., invece, si è in presenza di una condotta del pubblico ufficiale che limita radicalmente la libertà di autodeterminazione del destinatario"[17].

Se quanto precede è corretto, pare difficile accettare la tesi della Corte d'appello, volta ed escludere la responsabilità dell'imputato a causa della natura "non necessitata" del consenso della vittima. Ragionando in accordo con la sentenza di secondo grado, verrebbe meno di fatto ogni criterio distintivo tra condotte costrittive e meramente induttive. Se queste ultime presuppongono – in linea con la posizione maggioritaria – un consenso, pur viziato, della vittima, non potranno essere integrate nel caso in cui il consenso sia necessitato, perché un consenso necessitato non è un reale consenso. Se un soggetto è "costretto a scegliere", infatti, non si può parlare di consenso (viziato), bensì di vera e propria costrizione. Anche nel caso dell'uomo che, puntando una pistola alla ragazza, le intimi di spogliarsi e di giacere con lui, si potrebbe potenzialmente individuare, nella condotta obbediente della vittima, un "consenso necessitato": ma nessuno dubiterebbe sulla ricorrenza, in una simile fattispecie, di un caso addirittura paradigmatico di condotta "costrittiva", rilevante ai sensi del primo comma dell'art. 609-*bis* c.p.

In conclusione, la condotta induttiva di cui all'art. 609-*bis* co. 2 c.p. è strettamente correlata ad un *consenso reale*, anche se viziato. E dunque - da questo punto di vista - anche le promesse di finti vantaggi nel mondo della moda in cambio di sesso potrebbero avere (ove concretamente idonee ad offendere il bene giuridico della libertà di autodeterminazione sessuale della vittima) rilevanza penale, proprio perché una ragazzina che acconsentisse al compimento del rapporto sessuale lo farebbe sulla base di un reale consenso, viziato dall'inganno.

[15] Si ritiene d'altra parte che la coazione possa essere assoluta o relativa: nel primo caso la vittima è in completa balìa dell'aggressore, è una sorta di strumento nelle sue mani, essendo, di fatto, impossibilitata a comportarsi in modo diverso da quello impostole; nel secondo caso, invece, la decisione di realizzare una determinata azione è solo viziata dalla condotta altrui, sussistendo ancora per la vittima un margine di scelta tra il male prospettato dall'aggressore ed il male che, invece, subirebbe assecondandolo.

[16] Cfr. Cass. pen., Sez. III, 14 aprile 2010, n. 20766, Cass. pen., Sez. III, 5 giugno 2007, n. 35878, Cass. pen., Sez. IV, 22 febbraio 2007, n. 14141. V. anche S. R. Palumbieri, *Violenza sessuale*, in A. Cadoppi – S. Canestrari – M. Papa (a cura di), *I reati contro la persona. Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico –fisico dei minori*, III, 2006, pp. 79 ss. Si veda anche, per un'ampia analisi sull'"induzione", D. Piva, *Premesse ad un'indagine sull'"induzione": come forma di concorso e "condotta-evento" del reato*, 2013. Per una ricostruzione dei criteri distintivi fra "induzione" e "costrizione" cfr., in particolare, pp. 38 ss.

[17] Cfr. Cass. pen., Sez. un., 24 ottobre 2013, Pres. Santacroce, Rel. Milo, ric. Maldera e altri (informazione , provvisoria), in *Dir. pen. cont.*, 25 ottobre 2013. Per scaricare il testo della sentenza "Maldera", con commento di G. L. Gatta, clicca qui.

3.3. *Il significato dell'inciso "per essersi il colpevole sostituito ad altra persona".*

Siamo così giunti al punto probabilmente cruciale dell'intera questione, che ha per oggetto la seguente domanda, alla quale hanno cercato di rispondere tanto il G.i.p. quanto la Corte d'appello: quale tipologia di condotte può essere configurata come "sostituzione di persona" *ex* art. 609-*bis* co. 2 n. 2) c.p.? Più in particolare, per "sostituzione di persona" deve intendersi - in senso restrittivo - solo quella fisica, materiale, oppure anche quella consistente nell'auto-attribuzione di false qualità personali o professionali? E' chiaro che la condotta del nostro imputato potrà astrattamente integrare il delitto di violenza sessuale solamente sposando la seconda linea interpretativa. La difesa ha ovviamente messo in rilievo come la sola sostituzione rilevante *ex* art. 609-*bis* co. 2 n. 2) c.p. sia quella idonea a determinare nella vittima un errore circa l'identità fisica del soggetto attivo, citando come esempio paradigmatico di condotta punibile quello (decisamente curioso) del giovane che "dopo aver allettato la fidanzata in un campo di grano, di notte si sottrae al congresso carnale e induce un suo amico preventivamente nascosto in quel campo a giacere con la ragazza"[18].

Si è già avuto modo di osservare come entrambi i giudici di merito non abbiamo accolto quest'ultima linea interpretativa, sposando invece quella estensiva già avallata dalla Cassazione. La Suprema Corte, infatti, ha affermato - nella già citata recente pronuncia n. 20578/2010, relativa ad un medico che, facendo credere erroneamente alla vittima minorenne, affetta da condizioni di particolare fragilità psicologica, di essere specializzato in ginecologia, la induceva ad avere rapporti sessuali dichiaratamente connotati da finalità curativa - che "il reato di induzione a compiere o subire atti sessuali con l'inganno per essersi il reo sostituito ad altra persona (art. 609-*bis* co. 2 n. 2 c.p.) è integrato anche dalla *falsa attribuzione di una qualifica professionale*, rientrando quest'ultima nella nozione di sostituzione di persona di cui all'art. 609-*bis* c.p.".

Questa pronuncia, del resto, non appare isolata. In conformità con un principio già enunciato in sentenze piuttosto risalenti[19] (e riferite alla previgente normativa), nel 2001 la Cassazione aveva già ribadito che la sostituzione di persona sussiste anche nel caso di chi si attribuisca una falsa qualità professionale, con la quale illuda delle ragazze di trovare un posto di lavoro inducendole, in tal modo, al compimento di atti sessuali[20].

Il principale argomento a favore dell'interpretazione estensiva della norma si basa sull'implicito richiamo che il concetto di "sostituzione all'altrui persona" compirebbe all'art. 494 c.p., per l'appunto rubricato "Sostituzione di persona". Prevedendo che la condotta delittuosa possa essere *alternativamente* integrata da chi sostituisca "illegittimamente la propria all'altrui persona" oppure da chi attribuisca "a sé o ad altri un falso nome, o un falso stato, ovvero una qualità a cui la legge attribuisce effetti giuridici", l'art. 494 c.p. accomuna dunque le due tipologie di condotte, sancendone l'equivalenza ai fini del diritto penale: e dunque – si sostiene – anche ai fini dell'art. 609-*bis* co. 2 n. 2) c.p.

Inoltre, i sostenitori dell'interpretazione più ampia della norma[21] evidenziano come, intendendo la sostituzione di persona esclusivamente come sostituzione fisica di un soggetto ad un altro, l'art. 609-*bis* co. 2 n. 2) c.p. perderebbe di fatto ogni ragione di esistere e finirebbe per divenire lettera morta, venendo così condannato ad una costante inapplicabilità, se non in pochi, pittoreschi, casi, probabilmente discussi solo nelle aule universitarie e non in quelle

[18] Cfr. sentenza di secondo, cit., pp. 8 ss. Si tratta di un caso realmente accaduto, cfr. Trib. Ferrara, 27 settembre 1954, in *Riv. Pen.*, 1955, II, p. 187.

[19] Cfr. Cass. pen., Sez. III, 29 gennaio 1962, n. 3456, sempre relativa al caso di un soggetto che, attribuendosi falsamente la qualità di medico e affermando di dover procedere ad esame sanitario onde accertare l'idoneità fisica richiesta per un rapporto di lavoro, ha visitato una ragazza a scopo lascivo. V. anche Cass. pen., Sez. III, 16 giugno 1958, in *Giust. Pen.*, 1959, II, p. 138.

[20] Cfr. Cass. pen., Sez. III, 15 gennaio 2001, n. 250. Si veda anche, sebbene la motivazione non sia incentrata su questo profilo, Cass. pen., Sez. III, 24 aprile 2008, n. 22268, relativa al caso di un soggetto che – fingendosi psicoterapeuta ed abusando della loro condizione di inferiorità fisica e di condizionamento psicologico – aveva indotto quattro ragazze ad avere rapporti sessuali con lui.

[21] Cfr. G. Mulliri, *Art. 609*-bis., in G. Lattanzi – E. Lupo, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina, XI, Tomo II, I delitti contro la persona. I delitti contro la libertà individuale*, 2010, pp. 1118 ss.; B. Romano, *I delitti contro la sfera sessuale della persona*, 2009, pp. 110 ss.; G. Ambrosini, *Le nuove norme sulla violenza sessuale. Legge 15 febbraio 1996 n. 66*, 1997, p. 26 ss.

dei tribunali[22]: si pensi, per esempio, oltre alla già ricordata e quasi romantica sostituzione di amante nel campo di grano, all'ipotesi dell'estraneo che al buio ed in assenza del marito si insinua tra le coperte del letto coniugale, venendo ben accolto dalla moglie che – dimostrando di non conoscere poi così bene la persona con la quale aveva deciso di trascorrere la sua vita – si abbandona con lui al più passionale dei piaceri. Si tenga conto, poi, che secondo parte della dottrina è essenziale che l'inganno sussista al momento del fatto, così che il reato non possa essere realizzato se il soggetto passivo, dopo l'iniziale errore, si accorga che la persona agente non è in realtà quella che pensava e, ciononostante, continui consenzientemente e consapevolmente al compimento degli atti sessuali[23]. In altri termini, accogliendo questa linea interpretativa restrittiva e riprendendo l'esempio dell'estraneo che si introduce nel letto coniugale, integrerebbe il disposto dell'art. 609-*bis* co. 2 n. 2) c.p. solo la condotta del soggetto che riesca a celare la propria identità per tutta la durata del rapporto sessuale: in casi come questo, ogni dubbio sulle capacità cognitive e sensoriali della donna sarebbe quanto mai legittimo…

A sostegno invece dell'interpretazione restrittiva, si invoca spesso un argomento di natura storico-sistematica.

Prima della l. 15 febbraio 1996, n. 66, che ha riformato l'intero impianto codicistico a tutela della libertà sessuale, l'antecedente immediato dell'art. 609-*bis* co. 2 n. 2) c.p. era rappresentato dall'art. 519 co. 2 n. 4) c.p. (Violenza carnale con persona tratta in inganno dalla sostituzione di persona), formulato in termini identici a quelli attuali. L'art. 526 c.p. (Seduzione con promessa di matrimonio commessa da persona coniugata)[24], oggi abrogato, puniva invece il fatto posto in essere da "chiunque, con promessa di matrimonio, seduce una donna minore di età, inducendola in errore sul proprio stato di persona coniugata". Ora, il nucleo essenziale della condotta descritta da quest'ultima norma (l'inganno fondato sulla falsa auto-attribuzione di una qualità o di uno stato personale) era, all'evidenza, identico – al di là dello scarto linguistico – a quello proprio dell'interpretazione estensiva dell'art. 609-*bis* co. 2 n. 2) c.p.; sicché può fondatamente concludersi che la previgente normativa intendesse punire le condotte di sostituzione *fisica* di persona *ex* art. 519 co. 2 n. 4) c.p., mentre le condotte di auto-attribuzione di false qualità o *status* personali (e, più precisamente, la condotta ingannatoria basata sulla falsità dello stato di persona coniugata) *ex* art. 526 c.p.

Da ciò parrebbe discendere che il legislatore storico, abrogando da un lato l'art. 526 c.p. e riproponendo tale e quale il disposto del vecchio art. 519 co. 2 n. 4) c.p. nel nuovo art. 609-*bis* co. 2 n. 2), avrebbe inteso in effetti restringere la rilevanza penale dell'inganno, in materia di tutela della libertà sessuale, alle sole ipotesi di sostituzione *fisica* di persona, con esclusione della falsa auto-attribuzione di qualità finalizzata ad ottenere il consenso ai rapporti sessuali.

A tale argomento i sostenitori della lettura estensiva del requisito replicano sottolineando come anche la soluzione inversa sia assolutamente plausibile: l'abrogazione dell'art. 526 c.p. farebbe semplicemente confluire le ipotesi di falsa attribuzione dello *status* di persona sposata nell'alveo del nuovo art. 609-*bis* co. 2 n. 2) c.p.[25].

Pare, tuttavia, che la soluzione a questo "enigma ermeneutico" non debba essere ricercata nel confronto con le norme abrogate. Da un lato infatti, come si è già avuto modo di ricordare, la giurisprudenza ha spesso interpretato estensivamente il vecchio art. 519 co. 2 n. 4) c.p. (in particolare nelle ipotesi di soggetti che si auto-attribuivano la qualità di medico al fine di visitare una paziente per scopi lascivi); dall'altro, non si può non sottolineare come l'abrogato art. 526 c.p. fosse riferito ad una specifica ipotesi di inganno, e non già alla generalità delle ipotesi di auto-attribuzione di false qualità o *status*.

Più proficuamente – in accordo con la dottrina maggioritaria[26] – occorre concentrare l'attenzione sul dato letterale dell'art. 609-*bis* co. 2 n. 2) c.p. La norma punisce chi induce taluno a compiere o subire atti sessuali "traendo in inganno la persona offesa per essersi il colpevole

[22] F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale, Delitti contro la persona*, II, 2011, p. 396, ha suggestivamente parlato di reato "evocatore di boccaccesche beffe".

[23] Cfr. G. Ambrosini, *Le nuove norme*, cit., p. 27.

[24] Per un'interessante lettura sui presupposti storici di tale norma, cfr. il risalente, ma sempre vivo F. Carrara, *Esposizione dei delitti in specie. Parte speciale del Programma del corso di diritto criminale*, II, 1865, pp. 267 ss.

[25] Cfr. B. Romano, *I delitti*, cit., p. 111.

[26] Cfr. A. Cadoppi, *Sub art. 609*-bis *c.p.*, in A. Cadoppi (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, 2006, pp. 524 ss.; G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale, I delitti contro la persona*, II, tomo primo, 2011, p. 244; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale, Delitti contro la persona*, cit., pp. 396 ss.; S. R. Palumbieri, *Violenza sessuale*, cit., pp. 88 ss.; G. Andreazza, *L'espansione del concetto di sostituzione di persona nella lettura giurisprudenziale del reato di induzione ad atti sessuali mediante inganno*, in *De Jure*.

sostituito ad altra persona". Proprio il testo della disposizione, che dovrebbe costituire la base di ogni attività interpretativa, pare essere l'elemento più forte a sostegno della tesi volta a restringere il significato dell'art. 609-*bis* co. 2 n. 2) c.p. alla sola sostituzione *fisica* di persona. Difficilmente si potrebbe infatti attribuire all'espressione "per essersi il colpevole sostituito ad altra persona" il significato di auto-attribuzione di qualità o *status*, se non realizzando un'interpretazione analogica *in malam partem* vietata dall'art. 25 co. 2 Cost.

D'altronde, in seno allo stesso art. 494 c.p. l'ipotesi di "sostituzione di persona" è presentata come *alternativa* rispetto a quella della falsa attribuzione di un nome, di uno stato o di una qualità cui la legge attribuisce effetti giuridici, con conseguente impossibilità di una loro assimilazione[27]. In altri termini, se le due tipologie di condotte non avessero natura diversa, il legislatore non avrebbe sentito il bisogno di specificarle entrambe. E alla bontà di questo ragionamento non sarebbe ostativa neanche la *rubrica* della norma, che parrebbe qualificare come "sostituzione di persona" entrambe le modalità di condotte. Si afferma infatti in dottrina il principio secondo cui "*rubrica legis non est lex*": la rubrica potrebbe al più fornire un appiglio esegetico, ma mai risultare vincolante per l'interprete[28].

L'opzione ermeneutica più restrittiva, inoltre, consentirebbe di espungere dal novero delle fattispecie punibili quelle che paiono dotate di un basso disvalore, come tale non giustificante una sanzione penale. Si pensi, per esempio, a colui che, simulando di essere enormemente ricco ed al fine di sedurre una giovane (non troppo sveglia) fanciulla, prenda a noleggio *ad pompam* un'automobile costosissima[29] o a colui che neghi spudoratamente alla stessa l'esistenza della sventurata moglie[30].

3.4. *Una possibile qualificazione alternativa ai sensi dell'609-*bis *co. 2 n. 1) c.p. (abuso delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della vittima)?*

Laddove si negasse rilevanza alla auto-attribuzione di false qualità o *status*, dovrebbe conseguentemente escludersi anche la possibilità – oggi, come si è visto, riconosciuta dalla giurisprudenza – di ricondurre al disposto dell'art. 609-*bis* co. 2 n. 2) c.p. ipotesi come quella del finto medico che compia una visita a sfondo sessuale alla ragazza, del finto agente di moda che induca la giovane a compiere atti sessuali dietro la promessa di vantaggi per la carriera o, addirittura, del "mago" che convinca la vittima ad avere rapporti sessuali come rimedio per il

[27] Cfr. S. R. Palumbieri, *Violenza sessuale*, cit., p. 89.

[28] In questi termini, A. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 2003, p. 238; per una sintetica ed interessante ricostruzione degli orientamenti dottrinali sul punto cfr. C. Parodi, Mobbing *e maltrattamenti alla luce della legge n. 172/2012 di ratifica ed esecuzione della Convenzione di Lanzarote. Ovvero: sul valore della rubrica della norma ai fini della sua interpretazione*, in *Dir. pen. cont.*, 19 novembre 2012, par. 2.

[29] Così, brillantemente, A. Cadoppi, *Sub art. 609*-bis *c.p.*, cit., p. 526. Altra autorevole dottrina (cfr. F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale, Delitti contro la persona*, cit., p. 396, nota 86) fa riferimento alle "redditizie professioni del "dongiovannismo" e del "casanovismo", del *latin lover*, del *play boy*, del *tombeur de femmes*, le cui irresistibili menzogne, ipnotiche e cardiotrafiggenti, continuano ad essere sul mercato borsisitico altamente quotate come "seduzione" e così benaccette dalle privilegiate vittime, non sempre innocenti". Il problema di distinguere le condotte penalmente rilevanti in questo settore era avvertito già nel 1865 e, dunque, prima ancora dell'emanazione del Codice Zanardelli. Si legge infatti in F. Carrara, *Esposizione dei delitti in specie*, cit., pp. 272 ss. che la seduzione vera – elemento rilevante per il delitto di stupro, definito dall'illustre Autore come "conoscenza carnale di donna libera e onesta preceduta da seduzione vera o presunta, e non accompagnata da violenza" (p. 224) – "ha nel senso giuridico per suo indispensabile substrato lo *inganno*. La donna che nel volgare linguaggio si chiama sedotta perché il suo valore fu vinto dalle preci, dalle lacrime, dalle assidue officiosità e blandizie di insistente amatore, oppure da impulsi di ambizione, o di avidità, o dalla eccitata esaltazione dei sensi, non può dirsi *sedotta* in senso giuridico. Riconosciuto il principio che la oggettività del delitto di stupro deve trovarsi nella offesa al diritto della donna; e ricordato l'altro principio che essa è libera dispositrice del corpo suo, non è possibile trovare elementi di seduzione se non là dove il consenso della donna rimanga destituito di ogni valore giuridico. E ciò quando ricorre nella donna la capacità giuridica a consentire non può verificarsi fuori dell'ipotesi di un inganno, che renda inetto il consenso dell'ingannato a ragione del dolo dell'ingannatore onde quello ebbe causa. La donna che si arrese alla vista dell'oro, od alle preghiere, non può dire che non consentì, e che nullamente dispose del suo diritto: può dirlo bensì quella donna a cui fu fatto credere una certa cosa, che la determinò a consentire, mentre se avesse conosciuto esser falsa non avrìa consentito. Così la donzella che aveva aperto le braccia ad uomo che le si appressò notturnamente simulando le sembianze del suo fidanzato potrà senza dubbio dirsi vittima di una seduzione meritevole di essere elevata a delitto".

[30] Si può sottolineare come nei casi di auto-attribuzione di false qualità o *status* il tasso di disvalore sia solitamente inferiore (vedi, comunque, *infra*, 3.4.) rispetto a quello proprio dei casi di sostituzione fisica del soggetto attivo: in queste ultime ipotesi, infatti, la donna compie atti sessuali con un uomo materialmente diverso rispetto a quello che pensava e voleva, mentre nelle ipotesi di auto-attribuzione di false qualità o *status* la donna compie atti sessuali con l'uomo che desiderava, sebbene esso sia in realtà una persona con caratteristiche personali differenti da quelle immaginate.

malocchio.

Nella maggior parte di tali ipotesi, tuttavia, la tutela delle vittime potrebbe essere garantita ugualmente, attraverso l'applicazione dell'art. 609-*bis* co. 2 n. 1) c.p.[31], che punisce "chi induce taluno a compiere o subire atti sessuali (…) *abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica* della persona offesa al momento del fatto".

Ora, se in tutti i casi in esame non paiono esserci particolari dubbi sulla sussistenza di una condotta di "induzione con abuso"[32], qualche problema in più potrebbe sorgere in relazione all'elemento delle "condizioni di inferiorità psichica della persona offesa"[33]. Ci si potrebbe chiedere, in particolare, se esso sia integrato esclusivamente in presenza di uno stato patologico di carattere organico. A chiarire il punto è intervenuta una sentenza della Cassazione, secondo la quale "la condizione di inferiorità psichica della vittima al momento del fatto prescinde da fenomeni di patologia mentale, in quanto è sufficiente ad integrarla la circostanza che il soggetto passivo versi in *condizioni intellettive e spirituali di minore resistenza* all'altrui opera di coazione psicologica o di suggestioni, anche se dovute ad un *limitato processo evolutivo mentale e culturale*, ma con esclusione di ogni causa propriamente morbosa"[34]. Tale orientamento pare ormai consolidato, anche alla luce di alcune pronunce relative proprio al caso del "mago" che induce giovani ragazze al compimento di atti sessuali al fine di vincere il malocchio o altre non meglio precisate influenze negative[35].

Questo principio, del resto, ben si coglie in un'altra recente sentenza della Cassazione[36]. Tale pronuncia riguarda il caso di un dentista che, fingendosi ginecologo, manipolava, a fine di libidine, i genitali ed altre parti intime di una donna, e induceva una seconda sventurata a bere sperma nella falsa convinzione che avesse benefici effetti sulle affezioni gengivali. La Suprema Corte, nel confermare la condanna *ex* art. 609-*bis* co. 2 n. 1) c.p.[37], ribadisce qui che nelle condizioni di inferiorità fisica e psichica "rientrano anche quelle che, prescindendo da patologie mentali, siano tali da determinare una posizione particolarmente vulnerabile della vittima", quali quelle derivanti dallo stato di dipendenza psicologica connaturale al rapporto medico-paziente. Va detto, inoltre, che l'elemento dell'abuso di una condizione di inferiorità psichica e di soggezione della vittima viene valorizzato anche nella ricordata pronuncia n.

[31] Concordemente, cfr. G. Andreazza, *L'espansione del concetto*, cit., par. 4.

[32] Dove "l'"induzione" si realizza quando – con un'opera di persuasione (ovvero, suggestione, pressione morale) spesso sottile o subdola, non necessariamente qualificabile in termini di inganno – l'agente spinge o convince il *partner* a sottostare ad atti che questi, diversamente, non avrebbe compiuto", mentre "l'"abuso" si verifica invece quando le condizioni di menomazione sono strumentalizzate per accedere alla sfera intima della persona, che, versando in una situazione di difficoltà, viene ad essere ridotta al rango di mezzo per il soddisfacimento della sessualità altrui. Perché ricorra l'abuso, quindi, non basta che l'agente abbia posto in essere condotte di pressione morale o di persuasione volte ad ottenere un consenso, occorrendo invece che egli – in concreto, con un comportamento attivo – abbia approfittato delle minorate condizioni fisiche o psichiche del soggetto". In questi termini, E. Mengoni, *Delitti sessuali e pedofilia*, 2008, p. 46. V. anche Cass. pen., Sez. III, 14 settembre 2010, n. 20766 e Cass. pen., Sez III, 17 settembre 2008, Cecere, in C.E.D., n. 241326.

[33] Per cogliere la storicità della problematica punibilità di simili fattispecie, si può rinviare, ancora una volta (v. anche n. 29), a F. Carrara, *Esposizione dei delitti in specie*, cit., pp. 267 ss. L'insigne Autore ricorda che la seduzione presunta – elemento rilevante per il delitto di stupro, definito come "conoscenza carnale di donna libera e onesta preceduta da seduzione vera o presunta, e non accompagnata da violenza"(p. 224) – "può emergere o dalle condizioni del soggetto passivo, o dalle condizioni del soggetto attivo e dai suoi rapporti verso di quello. La seduzione *presunta* per le *condizioni del soggetto passivo* riscontrasi nei termini della donna imbecille od impubere; (…) la seduzione esiste (…) perché la debolezza di mente in cui versa la vittima e la sua inconsapevolezza di tutta la importanza del male a cui si conduce, danno bene ragione di rimproverare al colpevole l'artifizio che è consistito appunto nello approfittarsi di quella debolezza. La donna ha prestato un'apparenza di consenso perché inconscia del male che faceva (…). La seduzione *presunta* per le *condizioni del soggetto attivo*, e per le sue relazioni colla donna si riscontra in tutti quei casi in cui l'uomo senza venire ad atti costituenti vera violenza o fisica o morale, abbia abusato di una situazione autorevole che gli dava un certo impero sopra la donna per condurla consenziente alle voglie sue. Ciò si verifica nel tutore che abusi della pupilla, nel padre adottivo che abusi della adottata, nel carceriere che abusi della donna carcerata, ed in altri consimili delicatissimi casi. (…) Per le condizioni del soggetto attivo e suoi rapporti personali si tiene pure come accompagnato da seduzione presunta (e così criminalmente imputabile malgrado il libero consenso della donna) lo stupro che il servo abbia commesso sulla figlia o sorella del suo padrone o il maestro, o l'institore sulla persona della scolara".

[34] Cfr. Cass. pen., Sez. III, 20 settembre 2007, n. 38261.

[35] Cfr. Cass. pen., Sez. III, 2 dicembre 2005, n. 2215. V. anche Cass. pen., Sez. III, 9 maggio 2007, n. 33761. Per una ricostruzione della giurisprudenza in materia, cfr. A. Costanzo, *I reati contro la libertà sessuale. Profili sostanziali, probatori e processuali*, pp. 48 ss.

[36] Cfr. Cass. pen., Sez. III, 9 maggio 2008, n. 28815.

[37] Per precisione, bisogna sottolineare che la Cassazione conferma esplicitamente la condanna di secondo grado *ex* art. 609-*bis* co. 2 n. 1) c.p. solo in riferimento al secondo capo di imputazione (relativo alla somministrazione di sperma a fine "terapeutico"). In riferimento, invece, al primo capo di imputazione (relativo alla finta visita ginecologica), la Suprema Corte si limita a confermare la generica condanna *ex* art. 609-*bis* c.p. operata dalla Corte d'Appello, senza pronunciarsi sulla specifica qualificazione giuridica del fatto. Dai richiami alla sentenza di secondo grado, ad ogni modo, sembra corretto ritenere che anche tale fattispecie integri il delitto di cui all'art. 609-*bis* co. 2 n. 1) c.p. Non ha dubbi in proposito, G. Andreazza, *L'espansione del concetto*, cit., par. 4, nota 12. E' chiaro che, se quanto appena detto corrispondesse a verità, la sentenza in esame potrebbe fornire un'ulteriore argomentazione a supporto della avanzata tesi volta a far ricadere queste condotte di false auto-attribuzione di qualità professionali sotto all'art. 609-*bis* co. 2 n. 1) c.p., anziché sotto all'art. 609-*bis* co. 2 n. 2) c.p.

20578/2010, richiamata dalla Corte d'Appello (cfr., *supra*, 2.2. e 3.3.) al fine di estendere la portata applicativa dell'art. 609-*bis* co. 2 n. 2) c.p. anche alle ipotesi di auto-attribuzione di false qualità o *status* personali e che riguarda il caso del finto ginecologo che induce un donna, abusando del suo stato mentale, ad avere rapporti sessuali asseritamente connotati da finalità curativa

Se quanto detto può essere condiviso, si può affermare che i casi di finti medici o di "maghi" che ottengano prestazioni sessuali dopo aver indotto le vittime in errore possano essere sussunti sotto all'art. 609-*bis* co. 2 n. 1) c.p. *Quid iuris*, però, nel caso in cui la vittima sia semplicemente indotta al compimento di atti sessuali attraverso una falsa promessa di vantaggi per la carriera?[38] Potrebbe qui essere egualmente valorizzato un ipotetico "limitato processo evolutivo mentale e culturale" della vittima?

In realtà, la Cassazione tende a riconoscere l'esistenza delle condizioni di inferiorità psichica nei casi in cui esse siano strettamente collegate alle – si potrebbe dire "provocate" dalle – particolari tipologie di condotta tenute dal soggetto attivo. Così, nei casi di finte visite mediche con scopi lascivi, le condizioni di inferiorità psichica sono normalmente acuite (o addirittura determinate) dal senso di *vulnerabilità* indotto, da un lato, dalle particolari modalità attraverso le quali viene posta in essere la condotta attiva e, dall'altro, dallo stato di dipendenza psicologica connaturale al rapporto medico-paziente: si pensi al paradigmatico caso della donna, già affetta da autonoma fragilità psicologica, che, seminuda e distesa sul lettino, debba essere visitata nelle parti intime da un uomo, auto-qualificatosi ginecologo, in camice bianco. Ancora – in riferimento questa volta al caso del soggetto che millanti di possedere abilità occulte e temibili poteri magici in grado di vincere, abusando sessualmente delle vittime, le asserite influenze negative su di esse gravanti – la Corte di cassazione, in una pronuncia cui si è già fatto cenno[39], ha evidenziato come "il rapporto sessuale con persone che si trovano in stato di inferiorità fisica o psichica è penalmente rilevante solo quando è caratterizzato da un qualificato *differenziale di potere*" tra le parti, tale da consentire al soggetto attivo di porre in essere un'"attività di vera e propria sopraffazione nei confronti della vittima, la quale non è in grado di aderire perché convinta a farlo, ma soggiace al volere del soggetto attivo in quanto è ridotta a mero strumento di soddisfazione delle sue voglie".

Ciò detto, un simile stato di *vulnerabilità*, o di *differenziale di potere* tra le parti, difficilmente potrebbe essere individuato nelle ipotesi in cui un soggetto offra finti vantaggi per la carriera in cambio di prestazioni sessuali. In tali ipotesi – già di per sé prive degli altri elementi intimidatori caratterizzanti invece i casi appena ricordati (seminudità della ragazza ed imbarazzo per il controllo e la manipolazione degli organi genitali da parte di un uomo, timore nel relazionarsi con un personaggio ritenuto dotato di poteri occulti, ecc.) – non sarebbe infatti riscontrabile uno stato di soggezione della vittima nei confronti dell'autore del reato, posto che quest'ultimo, con l'auto-attribuzione di finte qualità o *status* professionali, non sarebbe in grado di prospettarsi come un sostegno indispensabile per proteggere l'integrità psico-fisica o, più in generale, la salute della vittima.

D'altra parte, in questi casi il bene giuridico tutelato dall'art. 609-*bis* c.p. – la libertà di autodeterminazione sessuale – è offeso in maniera davvero minima, posto che la decisione di acconsentire al rapporto sessuale è assunta in piena consapevolezza, quale corrispettivo dei promessi *vantaggi* per la propria carriera, seppur falsamente prospettati, e non già quale strumento necessario per sottrarsi ad un *pericolo* concreto e attuale per la propria salute, anch'esso (falsamente, ma efficacemente) prospettato dal soggetto agente. Ed allora, non avrebbe senso – al cospetto dei principi di offensività e di proporzione della pena – equiparare quanto al trattamento sanzionatorio (reclusione da cinque a dieci anni!) due tipologie di condotta dall'incidenza tanto diversa sul bene giuridico protetto.

Infine, un'ultima considerazione. Proprio le ipotesi di offerta di finti vantaggi per la carriera in cambio di sesso, qualora coinvolgano minori di sedici anni, parrebbero confluire – in qualità di fattispecie tipiche – nel nuovo art. 609-*undecies* c.p. che punisce l'adescamento di minorenni e, lo si ricorda, è strutturato in modo tale da anticipare la soglia di punibilità e, quindi, di tutela del bene giuridico, ma ben potrebbe essere applicato anche quando l'agente di fatto *raggiunga* il proprio intento di indurre il minore all'atto sessuale, sempre che il fatto non

[38] Cfr., seppur non diffusamente motivata, la già citata Cass. pen., Sez. III, 15 gennaio 2001, n. 250.
[39] Cass. pen., Sez. III, 2 dicembre 2005, n. 2215, cit.

debba essere qualificato ai sensi di una più grave ipotesi di reato.

4. Sull'adescamento di minorenni *ex* art 609-*undecies* c.p.

Qualche parola allora, prima di concludere, proprio sulla nuova figura delittuosa dell'adescamento di minori.

La l. 1 ottobre 2012, n. 172[40] – che ha ratificato e dato esecuzione alla Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, stipulata a Lanzarote nel 2007[41] – ha introdotto nel codice penale l'art. 609-*undecies* c.p., che recita: "Chiunque, allo scopo di commettere i reati di cui agli articoli 600, 600-*bis*, 600-*ter* e 600-*quater*, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'articolo 600-*quater*.1, 600-*quinquies*, 609-*bis*, 609-*quater*, 609-*quinquies* e 609-*octies*, adesca un minore di anni sedici, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con la reclusione da uno a tre anni. Per adescamento si intende qualsiasi atto volto a carpire la fiducia del minore attraverso artifici, lusinghe o minacce posti in essere anche mediante l'utilizzo della rete internet o di altre reti o mezzi di comunicazione".

Proviamo allora a valutare la sussumibilità del caso concreto all'esame in questa nuova norma (non ancora in vigore al momento della commissione del fatto, e pertanto pacificamente ad esso non applicabile).

L'art. 609-*undecies* c.p. configura un reato di pericolo che, in quanto tale, costituisce uno strumento di anticipazione della tutela dei beni giuridici protetti dalle norme incriminatrici dei fatti alla cui commissione è finalisticamente orientata l'attività di adescamento. La norma è dunque posta a protezione della libertà di autodeterminazione dell'individuo, *sub specie* di libertà sessuale e di libera esplicazione della propria volontà[42].

Come reso evidente dalla definizione di adescamento, il reato è a forma vincolata: il soggetto attivo, per essere considerato responsabile, deve compiere un "qualsiasi atto volto a carpire la fiducia del minore attraverso artifici, lusinghe o minacce". La disposizione lascia dunque intendere che anche una singola azione sia sufficiente ad integrare la condotta vietata[43]. Non paiono esservi dubbi, allora, che il comportamento del nostro imputato possa rientrare nelle nozioni di "artifizi" o di "lusinghe" richiamate dall'art. 609-*undecies* c.p. Con il primo termine – citando la tradizione interpretativa consolidatasi in relazione all'art. 640 c.p. – si intende "la simulazione o dissimulazione della realtà atta ad indurre in errore una persona per effetto della percezione di una falsa apparenza; in altri termini, ogni comportamento effettuato simulando ciò che non esiste, e che agisca sulla realtà esterna"[44]. Il termine "lusinghe", invece, è inedito nell'impianto codicistico italiano. Esso parrebbe alludere ad atti di adulazione, di falsa gratificazione oppure ad atti connotati dalla finalità di accattivarsi la simpatia e la benevolenza di qualcuno per indurlo ad un determinato comportamento[45].

L'atto rilevante *ex* art. 609-*undecies* c.p. deve essere "*volto* a carpire la fiducia del minore". Ne consegue che non è necessario che l'adescamento vada a buon fine. Si tratta di una tecnica che anticipa ulteriormente la tutela dei beni giuridici in gioco. Per cercare di conferire una maggior concretezza al pericolo gravante sugli stessi, il legislatore ha inserito tra gli elementi della norma il dolo specifico – per quello che interessa i nostri fini – di commissione del delitto

[40] Il testo della l. 172/2012 è consultabile in *Dir. pen. cont.*; la *Relazione sulle disposizioni penali della l. 172/2012*, a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, 19 ottobre 2012, è ugualmente consultabile in *Dir. pen. cont.*; per una scheda della riforma cfr. G. Gatta, *Protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale: ratificata la Convenzione di Lanzarote del 2007 (e attuata una mini-riforma nell'ambito dei delitti contro la persona)*, in *Dir. pen. cont.*, 20 settembre 2012.

[41] Per consultare il testo della Convenzione clicca qui.

[42] Cfr. M. Stramaglia, *Ratifica ed esecuzione della Convenzione di Lanzarote. Parte II: istigazione a pratiche di pedofilia e di pedopornografia (art. 414*-bis *c.p.) e adescamento di minorenni (art. 609*-undecies *c.p.)*, in *De Jure*, 2013, par. 8 e L. Picotti, *I diritti fondamentali nell'uso ed abuso dei* social network*. Aspetti penali*, in *De Jure*, 2012, par. 4.

[43] Sul punto cfr. M. Stramaglia, *Ratifica ed esecuzione*, cit., par. 8, il quale suggerisce di interpretare la disposizione in ossequio al principio di offensività, rilevando in particolare che "ai fini dell'integrazione del reato, pur essendo sufficiente un singolo *atto* di adescamento, è indispensabile che questo si realizzi attraverso atteggiamenti lusinghieri, artificiosi o anche indirettamente minatori, tali da renderlo concretamente idoneo a carpire la fiducia della vittima e a convogliarla verso i fini criminosi che hanno animato la mente del reo".

[44] Cfr. M. T. Vasciaveo – A. Della Bella, in E. Dolcini – G. Marinucci, *Codice Penale Commentato*, Vol. III, 2011, art. 640, p. 6368; v. anche F. Mantovani, *Diritto Penale. Parte Speciale. Delitti contro il patrimonio*, II, 2009, p. 183.

[45] Cfr. ancora M. Stramaglia, *Ratifica ed esecuzione*, cit., par. 9.

di cui all'art. 609-*bis* c.p.[46]. Interpretando la disposizione alla luce del principio di offensività, la dottrina tende a ritenere necessaria l'idoneità degli atti al compimento dello scopo costituente il dolo specifico[47]. In questo modo, si procede ad una oggettivizzazione di un elemento di potenziale natura esclusivamente soggettiva (l'oggetto del dolo specifico, infatti, potrebbe essere inteso semplicemente come intenzione di offendere). In termini più pratici, affinché un soggetto possa rispondere del delitto di adescamento di minorenni, pare necessario provare che i suoi atti fossero idonei ad integrare una violenza sessuale. Nel caso di specie, tale risultato potrebbe desumersi dal potenziale ingannatorio e persuasivo (soprattutto per una ragazzina) della condotta dell'imputato rispetto al compimento della violenza sessuale (mediante induzione).

Gli elementi costitutivi del delitto di cui all'art. 609-*undecies* c.p. paiono dunque integrati nel caso di specie, nella misura in cui – naturalmente – si condivida l'effettuata ricostruzione che esclude la configurabilità di un tentativo di violenza sessuale. Né d'altra parte sussisterebbero gli estremi di un tentativo del delitto di cui all'art. 609-*quater* c.p. ("Atti sessuali con minorenni"), poiché la nostra vittima è ultraquattordicenne.

Prima di concludere, un'ultima riflessione sui rapporti di questa nuova fattispecie con l'art. 494 c.p. Per fatti analoghi a quello in esame, verificatisi *dopo* l'entrata in vigore dell'art. 609-*undecies* c.p., potrebbe infatti sorgere il dubbio circa l'esistenza di un concorso tra i reati previsti e puniti dalle due norme incriminatrici. In realtà, la soluzione preferibile dovrebbe probabilmente essere quella del concorso apparente di norme, posto che la condotta di sostituzione di persona di cui all'art. 494 c.p. può essere ricompresa negli "artifici" di cui all'art. 609-*undecies* c.p.

5. Conclusioni.

Dopo aver analizzato specificamente le principali problematiche sottese al caso di specie, pare finalmente possibile provare a fornire un quadro riassuntivo della scelte qualificatorie fin qui operate.

Innanzitutto, bisogna evidenziare come la soluzione accolta dalla Corte d'appello – a differenza di quella del G.i.p. – sembri corretta quanto al risultato finale: il fatto dovrebbe essere effettivamente qualificato come sostituzione di persona *ex* art. 494 c.p. Ciò che non pare condivisibile è il percorso logico seguito dal giudice di secondo grado.

Quest'ultimo ritiene infatti integrato il delitto di cui all'art. 494 c.p., nel presupposto che non possa essere applicato il combinato disposto degli artt. 56 e 609-*bis* co. 2 n. 2) c.p. L'argomento si fonda sulla convinzione che la condotta concreta non possa essere considerata come "induttiva", in virtù di una peculiare interpretazione di tale ultimo elemento costitutivo, in realtà contrastante con la soluzione accolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritaria. L'impossibilità di ritenere configurato il delitto di tentata violenza sessuale dovrebbe invece derivare da una interpretazione restrittiva (e rispettosa della lettera della legge) del requisito del "sostituirsi ad *altra* persona", che non può comprendere i casi di auto-attribuzione di false qualità personali o professionali, ma solo quelli di sostituzione fisica, materiale di una persona ad un'altra .

Né risulta applicabile al caso in esame l'art. 609-*bis* co. 2 n. 1) c.p., che potrebbe essere integrato solo nell'ipotesi in cui la fattispecie concreta sia caratterizzata da un particolare stato di *vulnerabilità* della vittima, o di *differenziale di potere* tra questa ed il soggetto attivo; e, comunque, solo in presenza di ipotesi connotate da una idoneità offensiva del bene giuridico della libertà di autodeterminazione sessuale superiore a quella propria del caso di specie.

Mera sostituzione di persona, dunque, come ritenuto dalla Corte d'appello, nell'evidente impossibilità di applicare retroattivamente il nuovo delitto di cui all'art. 609-*undecies* c.p., i cui estremi sarebbero stati integrati nel caso di specie ove la norma incriminatrice fosse già stata in vigore al momento del fatto.

[46] Cfr. *Relazione*, cit., p. 20.
[47] Cfr. G. Marinucci – E. Dolcini, *Manuale di Diritto Penale,* cit., pp. 417 ss. e F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, 2011, pp. 218 ss.

Articolo sottoposto a peer review

"Alla ricerca dell'induzione perduta": le Sezioni Unite tentano una soluzione*

Nota a Cass. pen., Sez. Un., 24.10.2013 (dep. 14.3.2014), n. 12228, Pres. Santacroce, Rel. Milo, ric. Maldera

Daniele Piva

Abstract

Con l'ampia sentenza in commento la Corte di Cassazione affronta il principale problema interpretativo posto dalla recente legge 'anticorruzione', oggetto di ampio dibattito dottrinale nonché di immediato contrasto giurisprudenziale e riguardante, come noto, la linea di demarcazione tra la fattispecie di concussione (prevista dal novellato art. 317 c.p.) e quella di induzione indebita a dare o promettere utilità (prevista dal nuovo art. 319-quater c.p.) e alle connesse problematiche di successioni di leggi penali nel tempo.
Sennonché, nel tentativo di delineare una distinzione oggettiva tra le condotte di costrizione e quelle di induzione ("semplice" o "combinata"), le Sezioni Unite individuano una cd. "zona grigia", contrassegnata da comportamenti a forte indice di equivocità (come quelli di cd. "minaccia-offerta" o del cd. "*metus ab intrinseco*"), rispetto alla quale i criteri offerti assumono "scarsa valenza interpretativa" rinviando ad una valutazione del giudice che tenga conto di tutte le circostanze del caso concreto, del ruolo assunto dalle parti, del complesso dei beni giuridici in gioco e dei principi e valori che governano lo specifico settore di disciplina. Si profila, pertanto, un "intreccio" tra elementi di oggettiva prospettazione ed elementi soggettivi di percezione analogo a quello già sperimentato in tema di rapporti tra concussione e corruzione e nel quale, verosimilmente, si intravede un limite insuperabile della stessa fattispecie "intermedia" introdotta con la L. 190/2012 di cui, per altro verso, la sentenza finisce per lasciare in ombra i profili della compatibilità con l'inganno e della struttura plurisoggettiva rischiando peraltro di "indebolire" la soluzione della "continuità normativa".

Sommario

1. Premessa: soluzioni "ai limiti del possibile". – 2. L'induzione come "condotta-evento" del reato e la distinzione tra induzione "semplice" e "induzione combinata". – 3. L'accezione normativa dell'induzione. – 4. L'induzione come "non-minaccia": i problemi della minaccia-offerta e del metus ab intrinseco. – 5. In particolare: l'induzione come "silenzio". – 6. Induzione indebita mediante inganno e reato a concorso necessario.

* Si riprendono qui alcuni temi sviluppati in un recente lavoro monografico cui vorranno pertanto consentirsi i richiami in questa sede, anche rispetto alle corrispondenti citazioni bibliografiche e giurisprudenziali.

1. Premessa: soluzioni "ai limiti del possibile".

Spasmodica, come noto, era l'"attesa" per il deposito della motivazione della sentenza delle Sezioni Unite non solo per l'evidente crucialità che tale questione riveste quale inevitabile "crocevia" di ogni possibile futuro sviluppo, sul piano del diritto vivente, del riformato sistema dei delitti di concussione e corruzione, ma anche per il clamore politico e mediatico connesso a possibili riflessi su note vicende processuali (caso Ruby-Berlusconi).

Nel contempo tante, forse anche troppe, erano le "attese" per questa pronuncia nella quale si era riposta ogni speranza di vedere finalmente raggiunti "approdi più sicuri" in ordine alla distinzione tra concussione e induzione indebita.

Comunque la si voglia leggere, si tratta di una sentenza di impostazione fortemente innovativa nella quale non ci si limita ad enunciare principi di diritto, ma si procede ad una pedissequa ricostruzione della casistica giurisprudenziale in modo da fornire una guida quanto più completa per diversi operatori del diritto.

Sennonché, proprio l'ampiezza della motivazione (ben 63 pagine) e l'infinita serie di "distinguo" in cui si articolano i criteri ivi indicati lasciano intuire che forse, al di là dell'apprezzabile sforzo, il problema non sia stato definitivamente risolto ovvero non sia del tutto risolvibile, sempre che non intervengano ulteriori modifiche normative[1].

Dando per scontati oggetto e termini del contrasto giurisprudenziale in atto – per i quali può rinviarsi ai diversi contributi pubblicati anche su questa rivista[2] – la sentenza in commento evidenzia il tentativo di operare un vero e proprio salto di qualità nella distinzione tra costrizione e induzione, facendo prevalere la "sostanza" sulla "forma" e l'"oggettivo" sul "soggettivo".

Nel merito, essa sembrerebbe aver aderito al terzo degli orientamenti prospettati nell'ordinanza di remissione individuando nel "danno ingiusto" e nel "vantaggio indebito" gli "elementi costitutivi impliciti", rispettivamente, della condotta costrittiva e di quella induttiva[3]: in sintonia con quanto proposto dalla dottrina sin dall'entrata in vigore della L. 190/2012[4], cui neppure mancano impliciti richiami per scelte lessicali e cadenze argomentative[5].

Quanto alle tipologie comportamentali, violenza e minaccia vengono collocate nello schema della concussione mentre a caratterizzare l'induzione sarebbe ogni residua forma di persuasione, suggestione, allusione, silenzio o inganno (sempre che quest'ultimo non verta sulla doverosità della dazione o della promessa)[6].

In tal senso, la Cassazione spende a più riprese le ragioni dell'interpretazione storica, teleologica, e costituzionalmente orientata: di particolare significato sistematico il riferimento all'art. 322-*bis*, comma 2, n. 2 c.p. che, richiamando l'art. 319-*quater*, comma 2, c.p., ne fornisce una sorta di "interpretazione autentica" ove limita la punibilità al privato che agisca "per procurare a sé o ad altri un indebito vantaggio in operazioni economiche internazionali ovvero al fine di ottenere o di mantenere un'attività economica o finanziaria"[7].

Senonché – riportandosi ad una casistica già puntualmente descritta sulle pagine di questa rivista[8] – la stessa sentenza ammette che i criteri sinora indicati sono fruibili, senza difficoltà, solo nelle situazioni che non evidenziano "incertezze di sorta" mentre nei casi "più ambigui" vanno utilizzati *cum grano salis* ossia "apprezzati […] nella loro operatività dinamica". Qui la "palla" torna tutta nelle mani del giudice, chiamato a contestualizzare la vicenda e valutare in

[1] Cfr., ad esempio, il cd. DDL Grasso (n. 19 comunicato alla Presidenza del Senato della Repubblica in data 15 marzo 2013), il cui art. 1, lett. *f)*, n. 2, prevede l'integrale abrogazione dell'art. 319-*quater*, comma 2, c.p.

[2] Cfr., solo tra i più recenti, Mongillo, *L'incerta frontiera. Il discrimine tra concussione e induzione indebita nel nuovo statuto penale della pubblica amministrazione*, in questa *Rivista*,2013, 3, 167 ss.; Gatta, *Dalle Sezioni Unite il criterio per distinguere concussione e 'induzione indebita': minaccia di danno ingiusto vs. prospettazione di un vantaggio indebito*, in *Dir. pen. cont.*, 17 marzo 2014.

[3] Cfr. pag. 39 della sentenza.

[4] Così Fiorella nella relazione svolta al Convegno "*La nuova legge anticorruzione*" di Salerno (in data 30.11.2012-1.12.2012), i cui argomenti sono stati poi ripresi al Convegno *La Legge "Anticorruzione". Un primo bilancio ad un anno dall'entrata in vigore* di Roma, in data 9.07.2013 (cfr. pag. 85 s. del volume di pubblicazione dei relativi atti edito da Palombi Editori nel 2013.).

[5] Mongillo, *L'incerta frontiera. Il discrimine tra concussione e induzione indebita nel nuovo statuto penale della pubblica amministrazione*, cit., 202 e 207; Id., *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli, 2012, 133-149.

[6] Cfr. pag. 37 della sentenza.

[7] Cfr. pag. 38 della sentenza. In precedenza Fiorella, in *La Legge "Anticorruzione". Un primo bilancio ad un anno dall'entrata in vigo*re, cit., 85; ripreso da Piva, *Premesse ad un'indagine sull'"induzione" come forma di concorso e "condotta-evento" del reato*, Napoli, 2013, 46.

[8] Cfr. Mongillo, *L'incerta frontiera. Il discrimine tra concussione e induzione indebita nel nuovo statuto penale della pubblica amministrazione*, cit., 167 ss.

modo approfondito il concreto ruolo delle parti tenendo conto di tutti i dati circostanziali, del complesso dei beni giuridici in gioco e dei principi e valori che governano il settore di disciplina: non potendosi escludere una concussione anche in presenza di trattamenti preferenziali (ottenuti in conseguenza di uno stato di coazione morale ai sensi dell'art. 54, comma 3, c.p.) ovvero un'induzione indebita pur a fronte della minaccia di un danno ingiusto (ove ad essa si accompagni la promessa di un indebito vantaggio)[9].

Non può allora negarsi che, proprio in relazione a comportamenti a forte indice di equivocità rispetto ai quali si avvertiva l'esigenza di un'indicazione chiara da parte della Cassazione, quest'ultima sia costretta a prendere atto della "scarsa valenza interpretativa" dei criteri proposti, attribuendo valore preminente ora al profilo psicologico della sopraffazione/prevaricazione/intimidazione, ora a quello del vantaggio indebito: nell'ambito di una logica di contrappesi in cui "il dato di maggiore significatività" non è definibile se non a livello particolare, episodico e dunque irripetibile. E la stessa connotazione in termini di soggezione/parità del rapporto intersoggettivo – dapprima definita come foriera di "un'indagine psicologica dagli esiti improbabili che possono condurre ad una deriva di arbitrarietà"[10] – torna a costituire il criterio distintivo tra corruzione e induzione indebita, il cui indice sintomatico viene persino ravvisato nell'*iniziativa* del pubblico agente; mentre è nel mero carattere di "perentorietà" ed "insistenza" che si ravvisa il *quid pluris* del tentativo di induzione rispetto all'istigazione alla corruzione attiva[11].

Né può dirsi che, in tal modo, si sia individuata una "regola" e subito rintracciate le sue "eccezioni"[12]. Tali e tante sono, infatti, le variabili di quella vasta "zona grigia" cui più volte la Cassazione allude che si dubita sia davvero riuscita ad individuarle tutte. Senza considerare che, specie se visti nella prospettiva processuale, i "casi semplici" sembrano tutti "casi di scuola".

Volendo tirare un primo bilancio, non si può dunque fare a meno di rilevare che, per quanto si sia spinto avanti lo sforzo ricostruttivo, la pronuncia finisce con lo schiudere le porte all'imprevedibilità degli esiti del giudizio di fatto nel quale, per evitare presunzioni o automatismi, sono destinati ad intrecciarsi nuovamente la forma con la sostanza e il soggettivo con l'oggettivo[13].

A ben vedere, infatti, anche il criterio del vantaggio non può che fondarsi sul necessario intreccio tra elementi di oggettiva prospettazione ed elementi soggettivi di percezione[14], tenuto conto dei beni giuridici in gioco.

Del resto, se si ammette che l'art. 319-*quater* c.p. configura una fattispecie a metà strada tra la condotta sopraffattrice e lo scambio corruttivo, ciò vuol dire che essa può comprendersi solo nell'ambito di un rapporto "a tre", in base al quale l'agire del privato è sorretto non più da un unico motivo (*certat de damno vitando* o *certat de lucro captando*) bensì da due motivi co-determinanti (l'altrui pressione e la volontà di perseguire un indebito vantaggio), ciascuno dei quali da solo non sufficiente a determinarne la condotta: fermi restando gli evidenti limiti probatori, sorge allora il problema di precisare l'efficacia motivante che la prospettazione del vantaggio indebito svolge sul privato e soprattutto di stabilire sino a che punto il profilo utilitaristico possa coesistere col timore, il dubbio o la suggestione di subire altrimenti un ingiusto pregiudizio.

Sotto questo profilo, qualche passo in avanti potrà forse compiersi solo quando la Corte dovrà pronunciarsi su casi in cui ad essere chiamato a rispondere ai sensi dell'art. 319-*quate*r c.p. non sia più solo il pubblico agente ma anche e soprattutto il privato, ovviamente per fatti commessi dopo l'entrata in vigore della L. 190/2012: non potendosi certo negare che, sinora, il tema della punibilità di quest'ultimo abbia assunto un significato meramente teorico o accademico.

Diversamente, non resterebbe che arrendersi all'idea che si è di fronte ad un limite insuperabile della L. 190/2012 la quale, pur proiettando l'induzione in una dimensione "intermedia"

[9] Cfr. pag. 40 ss. della sentenza.
[10] Cfr. pag. 15 della sentenza.
[11] Cfr. pag. 48 s. della sentenza.
[12] Così Gatta, *Dalle Sezioni Unite il criterio per distinguere concussione e 'induzione indebita': minaccia di danno ingiusto vs. prospettazione di un vantaggio indebito*, cit.
[13] Da ultimo, vi ravvisa un ulteriore caso di "centralità", se non di "creatività", del momento giudiziale Borsari, *Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà. Banchi di prova dell'esperienza giudiziale*, Padova, 2013, 99.
[14] Così, del resto, a pag. 39 della sentenza.

in cui il privato da vittima diventa responsabile, non l'ha qualificata in alcun modo a dispetto della sua polivalenza semantica e, anziché effettuare scelte più drastiche (eliminazione della concussione con previsione di una norma a più fattispecie in tema di corruzione) l'ha proiettata in un rapporto "a tre" rispetto al quale già prima (figuriamoci ora) risultava impossibile stabilire un criterio oggettivo di distinzione in grado di cogliere *ex ante* la complessità delle situazioni senza doversi confrontare, *ex post*, con le peculiarità del caso concreto.

2. L'induzione come "condotta-evento" del reato e la distinzione tra induzione "semplice" e "induzione combinata".

Si intende ora svolgere qualche riflessione "a caldo" sul preciso significato che l'induzione assume nel nuovo art. 319-*quater* c.p. alla luce delle affermazioni contenute nella sentenza in commento[15].

Anzitutto, non può che raccogliersi con favore il riconoscimento della connotazione eclettica del concetto di induzione spendibile come "condotta-evento" del reato[16], in quanto idoneo ad esprimere tanto una forma di comportamento quanto il suo tipico effetto: a dispetto di quanto affermato da uno degli indirizzi interpretativi sottoposti a giudizio secondo cui mentre il verbo "costringere" sarebbe descrittivo di un'azione e del suo effetto, la forma verbale "indurre" connoterebbe soltanto l'effetto e non anche la modalità, che può essere la più varia, attraverso la quale questo effetto viene raggiunto[17].

Per le medesime ragioni non può che esprimersi favore per la distinzione tracciata, in analogia con una mia precedente indagine, tra i casi di induzione "semplice", in cui il termine compare da solo (art. 600-*bis*, comma 1, n. 1 e 600-*ter*, comma 1, n. 2, c.p.), da quelli di induzione "combinata" nei quali ad esso si accompagna la descrizione di determinate modalità comportamentali, nonché ulteriori sottospecie di induzione: quella *abusiva*, caratterizzata dall´abuso, alternativamente, di poteri o qualità, (art. 319-*quater* c.p.) forza o autorità (art. 507 c.p.) o altrui condizioni di inferiorità (artt. 600-*bis*, comma 1, n. 1; 600-*ter*, comma 1, n. 2; 609-*bis*, comma 2, n. 1); quella *fraudolenta* incentrata sulla condotta di inganno e sull´effetto di errore (artt. 494; 558; 601; 640; 609-*bis*, comma 2, n. 2 c.p.); quella *violenta* che passa attraverso violenza o minaccia (art. 377-*bis* c.p.); ed infine, quella *corruttiva* attuata mediante offerta o promessa di denaro o altra utilità (artt. 322, comma 2, 377 e 377-*bis* c.p.)[18].

Parimenti, si condivide a pieno la segnalata esigenza di un percorso interpretativo che garantisca il principio di determinatezza considerato che, in caso contrario, l'incriminazione affidata esclusivamente al concetto di induzione si esporrebbe a censure di illegittimità costituzionale[19]: in ciò potendosi intravedere anche un monito indirettamente rivolto al legislatore di ricorrere allo schema dell'"induzione combinata" mediante elementi ad effettiva *pregnanza descrittiva* che, pur senza ridurla a mero orpello pleonastico, siano effettivamente in grado di specificarne il significato nell'ambito della singola fattispecie.

3. L'accezione normativa dell'induzione.

Se si punta, invece, l'attenzione all'oggetto specifico del quesito sottoposto, la sentenza assegna al verbo "indurre" una funzione di selettività residuale rispetto al termine "costringere" di cui all'art. 317 c.p.: sul punto, tuttavia, non appare del tutto convincente il richiamo alla clausola di riserva con cui lo stesso art. 319-*quater* c.p. esordisce, la quale, piuttosto, sembra potersi riferire ai rapporti con le diverse figure di corruzione[20].

[15] Specie al paragrafo 14, da pag. 34 a pag. 39.
[16] Cfr. pag. 34 della sentenza. Così anche Mezzetti, *Corruzione per induzione, induzione come inganno*, destinato agli *Scritti in onore di A. Stile*, in corso di pubblicazione; analogamente, usa il termine di "condotta-risultato" alternativo a quello di "condotta-modo" Brunelli, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Torino, 2013, 42 ss.
[17] Cass., Sez. VI, 17285, 11.01.2013, n. 17 285, in *C.E.D.Cass., n.* 254620; Cass., Sez. VI, 3.12.2012, n. 1637, *ivi*, n. 253938.
[18] Piva, *Premesse ad un'indagine sull' "induzione" come forma di concorso e "condotta-evento" del reato*, cit., 65 ss.
[19] Cfr. pag. 35 della sentenza.
[20] Così Padovani, *Metamorfosi e trasfigurazione. La disciplina nuova dei delitti di concussione e di corruzione*, in *Arch. pen.*, 3/2012, 790 ss.

Decisamente più interessante, viceversa, il riconoscimento di un'accezione *normativa* del concetto di induzione (così come di costrizione)[21] da cogliersi sul piano assiologico e su quello politico-criminale muovendo dalla *ratio* della nuova incriminazione e, soprattutto, dalla previsione della punibilità del privato che, senza mezzi termini, viene definita come "vero indice rivelatore del significato dell'induzione"[22].

Non v'è infatti altro modo per indicare il preciso significato che il sintagma assume nell'art. 319-*quater* c.p. se non quello di "alterazione del processo volitivo altrui che, pur condizionato da un rapporto comunicativo non paritario, conserva, rispetto alla costrizione, più ampi margini decisionali, che l'ordinamento impone di attivare per resistere alle indebite pressioni del pubblico agente e per non concorrere con costui nella conseguente lesione di interessi di primaria importanza, come l'imparzialità e il buon andamento della pubblica amministrazione"[23].

Risuona forte l'eco di quanto affermato in dottrina, già nell'ambito di un'indagine sui confini della responsabilità penale del concusso per corruzione attiva, secondo cui rispetto alla punibilità del privato è irrilevante tanto la forma della costrizione quanto l'effetto, dovendosi piuttosto assumere un punto di vista normativo e stabilire se sia dal privato esigibile che questi si decida a resistere alle pressioni del concessore[24].

In altri termini, il criterio selettivo diviene quello della esigibilità filtrato attraverso una nuova scelta di valore del legislatore che, da un lato, si preoccupa di attribuire la massima tutela ad interessi particolarmente rilevanti e, dall'altro, rifiuta la propria indulgenza a chi si è reso responsabile di un uso distorto del proprio residuo margine di scelta.

In questo senso la sentenza appare coerentemente orientata al rispetto dei principi costituzionali, consegnando all'interprete una fattispecie nella quale quel dovere di resistenza del privato, sul quale potrebbe nutrirsi più di qualche riserva[25], risulta specializzato nel senso di richiedere una condotta sorretta dall´intento di conseguire un vantaggio ingiusto (o evitare un male maggiore altrettanto ingiusto)[26].

Certo: ci si potrebbe chiedere se, *de iure condito*, questa definizione sia adatta a garantire il principio di determinatezza. Prima di giungere a qualsiasi conclusione dovrebbe tuttavia considerarsi che, per condotte connesse ad eventi psichici, uno spazio di creatività del giudice, pur senza scadere in pura intuizione, sia irrinunciabile anche per garantire rilevanza all'aspetto irripetibile di ogni singolo fenomeno[27]; d'altronde, lo stesso giudizio di esigibilità di un comportamento diverso, intorno al quale la sentenza costruisce l'accezione normativa dell'induzione, non può essere compiuto in astratto ma presuppone un margine di valutazione riferito ad una situazione particolare il cui verificarsi la norma, per il suo carattere generale ed astratto, non può contemplare.

4. L'induzione come "non minaccia": i problemi della minaccia-offerta e del *metus ab intrinseco*.

La pronuncia (verrebbe da dire, per fortuna) non si limita a distinguere costrizione e induzione dal punto di vista dell'evento (naturalistico e normativo), mediante il ricorso a mere formule di stile come quelle della "libertà piegata", "condizionata" o "orientata"[28] oppure a frasi ad effetto dal valore meramente descrittivo ma dalla scarsa tenuta processuale, come quella

[21] Cfr., rispettivamente, pag. 36 e 29 della sentenza.

[22] Stessa espressione in Piva, *Premesse ad un'indagine sull' "induzione" come forma di concorso e "condotta-evento" del reato*, cit., 44.

[23] Cfr. pag. 36 della sentenza. Nei medesimi termini Piva, *Premesse ad un'indagine sull'"induzione" come forma di concorso e "condotta-evento" del reato*, cit., 101.

[24] Spena, *Per una critica dell'art. 319-*quater *c.p. Una terza via tra concussione e corruzione?*, in questa *Rivista*, 2013, 3, 215 s., spec. 224; Id., *Il «turpe mercato». Teoria e riforma dei delitti di corruzione pubblica*, Milano, 2003, 527 ss. Analogamente, già con riferimento ai rapporti tra concussione e corruzione nella disciplina previgente, Fiore S., *Concussione (art. 317 c.p.)*, in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di Fiore C., Torino, 2004, 122 ss.; Catenacci, *Concussione*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da Palazzo-Paliero, *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 2011, 62 s.

[25] Cfr. Palazzo, *Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda*, ora in questa *Rivista*, 2012, 1, 230; Spena, *Per una critica dell'art. 319-*quater *c.p. Una terza via tra concussione e corruzione?*, cit., 223 s.

[26] Cfr. pag. 38 della sentenza.

[27] Sul punto, fra i contributi più recenti, v. Cingari, *La causalità psichica in ambito monosoggettivo*, *La prova dei fatti psichici*, a cura di G. De Francesco-Piemontese-Venafro, Torino, 2010, 243 ss.

[28] Cfr. pag. 37 della sentenza.

secondo cui l'induzione "non costringe ma convince"[29].

Piuttosto, si preoccupa di precisare quali siano le condotte da ricomprendere nell'una o nell'altra fattispecie affermando che, mentre la concussione ricomprende le ipotesi di violenza e minaccia, nell'induzione residuano tutti quei comportamenti che, anche opportunamente combinati tra di loro, non pongano il destinatario di fronte alla scelta obbligata tra due mali parimenti ingiusti[30].

Quanto alla violenza, si rinvengono affermazioni da me già svolte ove si giunge a constatare che l'induzione connota condotte talmente diverse tra di loro da non risultare sempre coerenti col significato comunemente attribuito al termine come avviene nei casi di induzione "impropria": l'esempio è quello della induzione (*rectius* costrizione) violenta di cui all´art. 377-bis c.p.[31], cui potrebbe ora aggiungersi quello dell'induzione corruttiva per citare le stesse Sezioni Unite che, in tema di prostituzione minorile, hanno escluso che la semplice condotta di promessa o dazione di denaro o altra utilità possa per l'appunto costituire induzione[32].

Ma è alla minaccia (quale forma di violenza morale) che, se non altro per ragioni connesse alla sua maggiore frequenza statistica, la sentenza dedica maggiore spazio.

In particolare – mostrando di condividere un recente tentativo dottrinale volto ad individuare un concetto giuridico unitario di minaccia ai sensi degli articoli 1435, 1322 comma 2, 2043 c.c. e 612 c.p., quale prospettazione di un male futuro ed oggettivamente ingiusto – la Cassazione vi ravvisa un elemento qualificante della costrizione che presuppone sempre un autore e una vittima[33].

Sembrerebbe così raggiunto, almeno quanto alla condotta, un criterio rigorosamente oggettivo di distinzione tra i reati previsti agli artt. 317 e 319-quater c.p.: si è visto, infatti, come nei casi ambigui il movente opportunistico di vantaggio non può che accertarsi sulla base della soggettiva percezione del privato, tenuto conto di tutte le circostanze del caso concreto; mentre l'abuso caratterizza entrambe le fattispecie e comunque non ammette gradazioni di tipo quantitativo.

Sennonché, anche nel binomio "minaccia-non minaccia" si annidano i rischi di deviazioni soggettivizzanti con particolare riferimento ai casi di minaccia implicita, velata, allusiva o dai toni apparentemente morbidi e concilianti in cui pure la Cassazione ravvisa forme di concussione, purché idonee ad esprimere una carica intimidatoria[34].

Si tratta – come noto – di un tema assai complesso che, specie in ambito di concussione ambientale o di intimidazione mafiosa, la giurisprudenza ha spesso liquidato con mere formule di stile[35], ma che oggi assume una nuova dimensione proprio alla luce dell'introduzione della nuova fattispecie di induzione indebita nella quale, per definizione, il privato è "un po' vittima e un po' complice"[36].

Senza alcuna pretesa di completezza, ci si limiti qui a considerare le soluzioni offerte dalla Corte ai casi più problematici.

Quanto alle situazioni di minaccia-promessa la sentenza mostra a mio avviso qualche profilo di ambiguità, laddove ritiene di stabilire i confini tra concussione e induzione indebita a seconda che, nel caso concreto, sia stato il vantaggio ovvero l'aspetto intimidatorio ad influenzare il processo motivazionale del privato in modo prevalente[37]. Pur volendo per un attimo prescindere dai noti limiti dell'accertamento di fatti psichici, tale ricostruzione non sembra infatti cogliere a pieno la logica del triplice canale di imputazione risultante dalla L. 190/2012, che impone di ritenere che lo scopo di vantaggio del privato sia ormai fuori dalla concussione[38] e caratterizzi invece le ipotesi di corruzione e di induzione indebita con la differenza che, in

[29] Cfr. pag. 38 della sentenza: il richiamo è a Contento, *Commento agli articoli 317 e 317*-bis *del codice penale*, in *Scritti 1964-2000*, a cura di Spagnolo, Roma-Bari, 2002, 501.

[30] Cfr. pag. 36 s. della sentenza.

[31] Cfr. pag. 35 della sentenza. Lo stesso in Piva, *Premesse ad un'indagine sull' "induzione" come forma di concorso e "condotta-evento" del reato*, cit., 86.

[32] Cass., Sez. Un., 19.12.2013, con informazione provvisoria, *Le sezioni Unite sul delitto di prostituzione minorile: non costituisce induzione il pagamento di una somma di denaro in cambio di prestazioni sessuali*, in *Dir. pen. cont.*, 20 dicembre 2013.

[33] Cfr., in particolare, pag. 31-34 e 37 della sentenza: il richiamo, è a Gatta, *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, Roma, 2013, *passim* (un cui estratto, sia pur con diverso titolo, è pubblicato anche in *Dir. pen. cont.*, 2 dicembre 2013).

[34] Cfr. pag. 32 della sentenza.

[35] Si rinvia all'ampia analisi di Gatta, *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, cit., 261 ss.

[36] Viganò, *Sui supposti guasti della riforma della concussione*, in *Dir. pen. cont.,* 11 marzo 2013, 5.

[37] Cfr. pag. 41 s. della sentenza.

[38] In questo senso, peraltro, si esprime altrove la stessa sentenza (pag. 33).

quest'ultimo caso, esso rimane pur sempre potenziale, futuro e comunque minimale rispetto a quello effettivo, reale e preminente del pubblico agente. In altri termini, il criterio prospettato dalle Sezioni Unite per distinguere, in tali casi, concussione e induzione indebita meglio si attaglia ai rapporti tra induzione e corruzione, non potendo più rientrare la minaccia-promessa nelle ipotesi di costrizione, a meno di negare uno spazio autonomo di incriminazione all'art. 319-quater c.p.

Ancora più spinosi sono i casi della prospettazione di un danno generico a rischio di autosuggestione o di un *metus ab intrinseco*.

Nessuno dubita circa l'irrilevanza delle ipotesi di mero sfruttamento di un timore reverenziale ovvero della minaccia putativa. Piuttosto, si tratta di stabilire quali siano le circostanze di cui il giudice deve tener conto per stabilire, nei casi ambigui, se si trova o meno di fronte ad una minaccia e, in particolare, quale significato possano assumere il contesto spazio-temporale dell'azione ovvero le condizioni personali dell'autore e della vittima[39].

Limitandosi ai rapporti tra concussione e induzione indebita, a me sembra che, fermi restando i limiti dell'accertamento probatorio, occorre ragionare nel senso di una valutazione "di contesto" e quanto più possibile oggettiva che, partendo dalle specifiche modalità dell'azione, ne accerti eventuali deviazioni rispetto ai principi che informano il normale svolgersi delle relazioni tra pubblico e privato (a partire da quelli espressi agli artt. 54 e 97 Cost.).

Anzitutto perché, percorrendo la stessa linea seguita dalle Sezioni Unite, la minaccia è solo quella che pone la vittima di fronte ad un aut aut senza alcuna prospettiva di vantaggio e sembra pertanto rinviare ad un accertamento basato su elementi di oggettiva rappresentazione più che di soggettiva percezione.

In secondo luogo perché, nella logica della L. 190/2012, il privato è chiamato a resistere all'abuso del pubblico agente ogniqualvolta conservi – per quanto ansioso, pauroso o suggestionabile – un margine di scelta.

Infine, la valutazione oggettiva della minaccia implicita si giustifica anche nella prospettiva di tutela giacché non si tratta di tutelare soltanto gli interessi del privato ma anche quelli della pubblica amministrazione che ben possono essere pregiudicati da comportamenti di complicità, accondiscendenza o autosuggestione.

Sul punto le Sezioni Unite si attestano sull'esigenza di operare "un'approfondita valutazione del concreto atteggiarsi dei ruoli delle parti nel contesto considerato per inferirne la ricorrenza o meno di una effettiva prevaricazione costrittiva"[40]. L'unica vera indicazione, per quanto può valere, sta nella regola secondo cui tanto più è determinato il supposto danno, tanto più "lampante" deve risultare l'intento intimidatorio[41]: quasi come dire, la minaccia determinata può essere implicita, quella indeterminata tendenzialmente no.

Detto per inciso, lungo questo crinale vanno ricercati i possibili riflessi della pronuncia in commento sul caso Ruby-Berlusconi, nei termini di un'eventuale riqualificazione del fatto da concussione a induzione indebita quale norma più favorevole ai sensi dell'art. 2, comma 4, c.p. con conseguente riduzione della pena edittale e dei termini di prescrizione.

Stando alla sentenza emessa in primo grado, la richiesta rivolta dall'imputato al Capo di gabinetto del Questore di Milano di consegnare Ruby in affido al consigliere regionale Nicole Minetti sarebbe suonata come un vero e proprio "ordine" da adempiere "presto e senza discutere" ed al quale sarebbe stato impossibile "sottrarsi" se non subendo un pregiudizio professionale[42]; scartata l'ipotesi dell'inganno, e con essa qualsiasi futuribile prospettiva di *abolitio criminis*[43], la minaccia sarebbe infatti consistita nella implicita prospettazione di un danno futuro, eventuale ed indeterminato in ambito lavorativo.

Viene allora da chiedersi se avrà avuto davvero ragione il Tribunale di Milano nell'escludere preventivamente ogni possibile diversa qualificazione della condotta, a prescindere da quello che sarebbe stato il criterio adottato dalle Sezioni Unite.

[39] In tema v., ampiamente, Gatta, *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, cit., 273 s. e 283 ss.
[40] Cfr. pag. 41 della sentenza.
[41] Cfr. pag. 41 della sentenza.
[42] Cfr. Trib. Milano, Sez. IV, 24.06.2013 (pagg. 105-135 e, in particolare, 109, 114, 115, 131 e 322), pubblicata anche in *Dir. pen. cont.*, 26 novembre 2013, con scheda di Gatta, *La sentenza sul caso Berlusconi-Ruby, sotto la lente del giurista: un'occasione per riflettere sulla nozione di minaccia penalmente rilevante*.
[43] Sul punto, Valentini, *Dentro lo scrigno del legislatore penale. Alcune disincantate osservazioni sulla legge anticorruzione*, in *questa Rivista*, 2013, 2, p. 149; diversamente in Viganò, *Sui supposti guasti della riforma della concussione*, cit., 8 s.; nonché, a seguire, Mezzetti, *Corruzione per induzione, induzione come inganno*, destinato agli *Scritti in onore di A. Stile*, cit.

A me sembra che la questione sia oggi ancor più complessa di prima giacché il *metus ab intrinseco* rientra proprio nei casi *border line* in cui la Cassazione ammette di non potersi affidare in modo automatico al modello interpretativo prescelto: piuttosto, il rinvio ad un'approfondita valutazione da parte del giudice potrebbe finire col rimettere in gioco ogni possibile esito ricostruttivo. A favore della costrizione deporrebbero il contesto ("nel cuore della notte"), le condizioni personali dell'imputato (l'elevata carica istituzionale allora ricoperta e la sproporzione del rapporto di potere col pubblico funzionario), le modalità dell'azione (più telefonate, da parte sua e dei membri della scorta) e l'interesse dell'imputato ad assicurarsi l'impunità da altro delitto (tanto che si è applicata la circostanza di cui *all'*art. 61 n. 2 c.p.). Ma dalle risultanze processuali è altrettanto dimostrato, "senza fraintendimenti di sorta"[44], che la condotta si è limitata ad una "richiesta" che, per quanto insistente e perentoria, non si è mai spinta oltre la "pretesa" ed il cui significato minatorio ben avrebbe potuto essere frainteso per timore reverenziale. Anzi, proprio l'autosuggestione avrebbe potuto ingenerare tanto il convincimento di subire un danno nel caso di inottemperanza, quanto quello di lucrare un qualsiasi vantaggio in caso di accondiscendenza; d'altronde, il forte interesse dell'imputato lo avrebbe potuto spingere a minacciare un danno ma anche a promettere un'indebita ricompensa pur di ottenere subito il favore. Se poi si pensa alla regola dettata dalle Sezioni Unite per cui tanto più indeterminato è il danno, tanto più "lampante" deve risultare l'intento intimidatorio i dubbi sulla tenuta processuale di una minaccia concussiva aumentano davvero.

Forse ben avrebbe fatto il Tribunale ad attendere la decisione delle Sezioni Unite prima di pronunciarsi (così come richiesto dai difensori dell'imputato), se non altro perché l'esclusione della minaccia implicita dall'ambito di applicazione della nuova fattispecie di induzione non era poi così scontata (come dimostrano le situazioni ambivalenti di minaccia-offerta) e si sarebbe comunque potuto motivare meglio un qualsiasi esito di affermazione della responsabilità (specie se per concussione e con applicazione di una pena di ben sette anni di reclusione): visto che, oltretutto, si tratta di fatto relativamente recente (commesso tra il 27 e 28 maggio 2010) che, ove pure qualificato ai sensi dell'art. 319-*quater* c.p., non appare a rischio di immediata prescrizione.

5. In particolare: l'induzione come "silenzio".

Nell'indicare le possibili modalità della condotta di induzione indebita, la sentenza include pure il "silenzio"[45].

Il punto merita, a mio avviso, una breve precisazione.

Non c'è dubbio che, di per sé, l'induzione possa manifestarsi anche in atteggiamenti negativi in quanto il suo registro comunicativo è proprio quello "del detto e non detto" o del "lasciar intendere".

Ma è altrettanto vero che lo stesso termine presuppone un impulso specifico ed univocamente diretto ad influenzare l'altrui agire che esclude la rilevanza di atteggiamenti meramente passivi.

Oltretutto, nell'ambito dell'art. 319-*quater* c.p. il suo significato si specializza mediante la combinazione con gli altri elementi della fattispecie, a partire da quello dell'abuso di potere il quale, in contrapposizione a quello di mera violazione del dovere, postula un'attività necessariamente positiva da cogliersi sul piano materiale e non risolvibile nella mera proiezione in termini di condizionamento sulla sfera psichica altrui.

Peraltro, è la stessa Cassazione a sottolineare che l'uso del gerundio «abusando» conferma lo stretto nesso tra l'abuso e la condotta attraverso la quale esso si manifesta e che in questo deve dunque ravvisarsi lo strumento che "innesca" il processo causale[46].

Ne deriva che l'affermazione della Corte può condividersi solo nella misura in cui si tratti di silenzio "qualificato", di natura circostanziata o artificiosa, il cui significato normativo è quello di un contegno da ricostruire in termini attivi alla stregua di un'"azione mediante omissione".

[44] Così a pag. 109 della stessa sentenza del Tribunale di Milano.
[45] Cfr. pag. 37 della sentenza.
[46] Cfr. pag. 22 s. della sentenza.

6. Induzione indebita mediante inganno e reato a concorso necessario.

Due sono i temi che, dati i riflessi sulle problematiche connesse alla successione di leggi nel tempo, appaiono decisamente in ombra nell'ambito di una sentenza così estesa: quello del rapporto tra induzione e inganno e quello della configurabilità o meno dell'art. 319-*quater* c.p. come reato a concorso necessario.

Sul primo versante, la Cassazione afferma che l'inganno rientra tra le condotte induttive salvo che determini un errore del privato circa la doverosità della dazione o della promessa, configurandosi, in tal caso, il reato di truffa aggravata[47].

Se ne deduce che potrà esservi induzione indebita soltanto nei casi in cui l'inganno determini un errore su una situazione diversa ma comunque tale da incidere sulla scelta di corrispondere un´utilità che si sa essere non dovuta e quelli nei quali, invece, esso produca un mero stato di dubbio circa l´ingiustizia della dazione o della promessa assimilabile all'elemento psicologico del dolo alternativo o eventuale.

Viceversa, avrebbero perso rilevanza penale tutti i casi in cui, a fronte dell'errore del privato circa la doverosità della prestazione, non risultino integrati gli estremi della truffa: o perché la prestazione del privato non abbia contenuto patrimoniale[48], o perché venga a mancare la condotta di cui all'art. 640 c.p. atteso che l'induzione non necessariamente presuppone artifici o raggiri[49].

Quanto, invece, alle ipotesi di sfruttamento (o di semplice mancata correzione) dell'errore del privato circa la doverosità della prestazione, già prima esse non rientravano nella concussione ma, semmai, nella fattispecie prevista all'art. 316 c.p.[50] dalla quale l'induzione si distingue, per tipicità e disvalore, in quanto presuppone un nesso di condizionamento "attivo" tra fatti psichici coscienti tale da esprimere una specifica "qualità" della connessione causale[51].

Senonché, le Sezioni Unite non fanno cenno ad alcun fenomeno di *abolitio criminis* limitandosi ad affermare che, in applicazione del noto criterio del confronto strutturale, vi sarebbe (piena) continuità normativa, quanto alla posizione del pubblico agente, tra la previgente concussione per induzione e il nuovo reato di induzione indebita considerato che la pur prevista punibilità, in quest'ultimo, del soggetto indotto "non ha mutato la struttura dell'abuso induttivo"[52].

Si avverte cioè la sensazione che, anche forse per esigenze contingenti, la sentenza abbia dato troppo per scontato che l'induzione in errore del privato sia in linea di (assoluta) continuità con la truffa aggravata quando invece si tratta di ipotesi oggettivamente diversa, caratterizzata dall'abuso e non necessariamente da artifici o raggiri.

Ne sia conferma che, in diversi ordinamenti, la "concussione" riguarda proprio il fatto del pubblico agente che, senza porre in essere artifici o raggiri, ottenga dal privato un pagamento che egli sa essere (in tutto in parte) non dovuto: si consideri, a titolo esemplificativo, l'art. 313 del codice penale svizzero o anche l'art. 432-10 del codice penale francese (così come modificato dalla L. 2013-1117 del 6.12.2013) nei quali essa configura una fattispecie speciale in

[47] Cfr. pag. 37 e 50 della sentenza. Per un'analisi specifica dei diversi profili dell'induzione indebita mediante inganno si veda, all'indomani dell'entrata in vigore della riforma Severino, Mezzetti, *Corruzione per induzione, induzione come inganno*, cit.

[48] In tal senso v., senza pretesa di completezza, Balbi, *Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in questa *Rivista*, 2012, 3-4, 11; Padovani, *Metamorfosi e trasfigurazione. La disciplina nuova dei delitti di concussione e di corruzione,* cit., 789; Seminara, *I delitti di concussione e induzione indebita*, in *La legge Anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, a cura di Mattarella-Pelissero, Torino, 2013, 383; Id., *La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale,* in *Dir. pen. proc.*, 2013, 1244; Valentini, *Dentro lo scrigno del legislatore penale. Alcune disincantate osservazioni sulla legge anticorruzione*, cit., 135; Mongillo, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit., 142 s.; Gambardella, *Primi orientamenti giurisprudenziali in tema di concussione e induzione indebita a dare o promettere utilità*, in *Cass. pen.*, 2013, 1289.

[49] Sul punto v. Pagliaro, *Per una modifica delle norme in tema di corruzione e concussione*, in *Riv. trim. dir. pec. econ.*, 1995, 56, il quale acutamente già avvertiva che, ove si fosse scelto di sopprimere la vecchia concussione per induzione riportando tutti i fatti etichettati come tali nella truffa aggravata *ex* art. 61 n. 9 c.p. si sarebbe pure dovuto specificare, onde evitare lacune, che non sarebbero stati necessari gli artifici o raggiri essendo sufficiente che l'inganno sia stato indotto con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti a una pubblica funzione o a un pubblico servizio.

[50] Pagliaro-Parodi Giusino, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, *I. Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2008, 97 s.

[51] In questi termini Pedrazzi, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, cit., 185.

[52] Cfr. pag. 50 della sentenza. Come noto, si tratta di soluzione prospettata, sin dal corso dei lavori preparatori della L. 190/2012, da Dolcini-Viganò, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in questa *Rivista*, 2012, 1, 244.

materia di imposte, tasse, contributi, emolumenti, indennità.

Si introduce così il secondo punto che attiene alla qualificazione dell'induzione indebita come reato a concorso necessario.

Pur apprezzando la "chiarezza intuitiva" di quell'indirizzo giurisprudenziale e dottrinale secondo cui l'art. 319-*quater* c.p. configura una "norma a più fattispecie"[53], la Cassazione ritiene che tale ricostruzione non si concilia col dato normativo che postula, per l'esistenza del reato, la necessaria convergenza dei processi volitivi di più soggetti attivi e la punibilità dei medesimi. Piuttosto, in ragione della previsione di punibilità del privato, il nuovo reato risulta "normativamente" plurisoggettivo a differenza del vecchio art. 317 c.p. che, nel contemplare la dazione o la promessa del privato, già delineava un reato "plurisoggettivo improprio" o "naturalisticamente plurisoggettivo"[54].

Nonostante l'autorevole posizione espressa dalle Sezioni Unite, a noi sembra che il tema sia ancora oggi meritevole di approfondimento, se non altro per le notevoli implicazioni sistematiche e intertemporali che, come si vedrà di qui a poco, avrebbero potuto condurre a soluzioni più convincenti sul versante della continuità normativa.

E' evidente, anzitutto, che la diversità di pena prevista per il pubblico agente e per il privato non esclude, di per sé, l'unitarietà della fattispecie, dal momento che il legislatore tipicamente distingue la pena dei concorrenti anche nell'ambito dei reati associativi di cui agli artt. 416 e 416-*bis* c.p.

D'altro canto, ad impedire la lettura come fattispecie monosoggettive distinte neppure può essere l´inserimento nella medesima disposizione ovvero i richiami che diverse norme ad esso operano (artt. 32-*quater* e 32-*quinquies*, c.p.; art. 25, comma 3, d.lgs. 231/2001).

Piuttosto, ad infrangere lo schema normativo del reato a concorso necessario sono altri elementi sui quali la sentenza neppure si pronuncia, a partire dalla stessa formulazione dell'art. 319-*quater* c.p. nel quale l´induzione si riferisce esclusivamente al pubblico agente mentre il comma 2 stabilisce la punibilità di chi abbia dato o promesso nei «casi previsti al comma 1», con una formula diversa da quella utilizzata in tema di corruzione per estendere al privato il medesimo titolo di responsabilità del pubblico agente. Oltre al diverso atteggiarsi, sotto il profilo causale e cronologico, delle condotte di induzione e dazione ed alla diversa conseguente struttura della relativa figura tentata.

Senza considerare la possibilità che, a superamento del "canone di mutua esclusività", il privato sia chiamato a rispondere di induzione indebita ove per il pubblico agente scatti una responsabilità a titolo di corruzione propria[55]: il secondo comma dell´art. 319-*quater* richiama infatti i «casi previsti al primo comma» e non la relativa clausola di riserva che non fa parte della fattispecie ma ne contrassegna solo i limiti applicativi[56].

Ma è anche un'interpretazione costituzionalmente orientata della stessa L. 190/2012 ad imporre una valutazione in qualche modo svincolata delle fattispecie del pubblico agente e del privato, dovendo ciascuno "personalmente" rispondere per quello che fa e non per quello che fanno o non fanno gli altri[57].

Né potrebbe sostenersi che includere oggi tali ipotesi nel primo comma dell'art. 319-*quater* c.p., come già prima nell'art. 317 c.p., significherebbe rendere equivalente l'espressione "induce" a quella di "induce in errore": come si evince dalla stessa sentenza delle Sezioni Unite, nell'induzione rientrano infatti tutte le ipotesi di inganno, salvo sia lo stesso legislatore a limitarne la rilevanza facendo espresso riferimento al presupposto dell'errore, come nel caso della truffa (artt. 640 e 640-*bis* c.p.) o anche della vendita di prodotti industriali con segni mendaci (art. 517 c.p.).

Come accennato, tale ricostruzione consente inoltre di definire con maggior precisione gli effetti in termini di successione di leggi nel tempo.

A mio avviso, infatti, la tesi del reato plurisoggettivo finisce con l'indebolire la soluzione della continuità normativa quanto al pubblico agente, tra concussione e induzione indebita:

[53] Cfr. Cass., Sez. VI, 11.01.2013, n. 17285, cit.; ma anche Sez. VI, 25.02.2013, n. 13047, in *C.E.D.Cass.*, n. 254466. In dottrina, per tutti, Seminara, *I delitti di concussione e induzione indebita*, cit., spec. 396 ss.; nonché Piva, *Premesse ad un'indagine sull' "induzione" come forma di concorso e "condotta-evento" del reato*, cit., 73 ss.

[54] Cfr. pag. 47 della sentenza.

[55] Il rinvio è alla nota tesi di Spena, *Per una critica dell'art. 319*-quater *c.p. Una terza via tra concussione e corruzione?*, cit., 215 ss.

[56] In tal senso Padovani, *Metamorfosi e trasfigurazione. La disciplina nuova dei delitti di concussione e di corruzione*, cit., 790.

[57] Così, già in tema di rapporti tra concussione e corruzione, Pagliaro-Parodi Giusino, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, cit. 200 s.

laddove – ove pure si continui a ragionare nell'ottica del confronto strutturale e non partendo dal fatto concreto[58] – l'affermazione della (piena) continuità normativa sarebbe apparsa più coerente ove la Cassazione avesse ritenuto di aderire alla tesi secondo cui, col nuovo art. 319-*quater*, comma 2, c.p. si è introdotto un autonomo reato di "dazione indotta" del privato che interseca, senza mutare in alcun modo, la fattispecie del pubblico agente.

La sentenza, peraltro, presenta un qualche profilo di contraddittorietà. Da un lato, infatti, quando si afferma che, nel caso in cui il privato venga indotto in errore circa la doverosità della dazione o della promessa, anche il pubblico agente non potrebbe più rispondere del reato di cui all'art. 319-*quater* c.p. ma solo di truffa, lo si fa sul presupposto che la correità necessaria insita nella nuova fattispecie abbia modificato il significato normativo dell'induzione anche nei suoi confronti, restringendolo ad ogni forma di pressione diversa dall'induzione in errore[59]; dall'altro, per motivare la continuità nel *novum* della posizione del pubblico agente la sentenza afferma che la punibilità del privato non investe direttamente la "struttura tipica" del reato ma interviene, per così dire, al suo esterno"[60].

In definitiva, la sensazione è che, quanto al pubblico agente, la continuità normativa non si sia voluta nemmeno mettere in discussione, più per ragioni di politica criminale che logico-sistematiche non essendo neppure pensabile che, di fronte ad una riforma tesa ad attuare standard internazionali più rigorosi in tema di reati contro la pubblica amministrazione, potessero legittimarsi fenomeni di *abolitio criminis* con evidenti ricadute sui processi in corso e persino su quelli già definiti con sentenza irrevocabile di condanna.

La conclusione è d'obbligo: arrivederci alla prossima puntata. I difetti endemici della disposizione sull'induzione per ora non consentono approdi sicuri su principi di diritto destinati a consolidarsi. Anzi, tutt'al contrario, si ha la sensazione che possa inaugurarsi una stagione dominata da fibrillazioni in sede interpretativa che possano replicare la nota vicenda dell'ammissibilità (ed in quali termini) del concorso esterno in reati associativi, che ha finora richiesto ben 4 interventi (non ancora risolutivi) delle Sezioni Unite. Con una differenza essenziale: in quest'ultimo caso, ed a differenza della fattispecie di induzione indebita, il legislatore non ha ancora deciso di intervenire a (tentare di) frenare gli slanci interpretativi del diritto pretorio.

[58] In tal senso v. invece, da ultimo, Massi, *Tutela penale della concorrenza 'globale' e scosse di assestamento della normativa italiana anticorruzione*, Napoli, 2014, 164 ss., spec. 169-173.

[59] Così, ad esempio, Manna, in *La Legge "Anticorruzione". Un primo bilancio ad un anno dall'entrata in vigo*re, Atti del Convengo 9 luglio 2013, cit., 97 s., il quale, conseguentemente, ritiene si sia verificato un fenomeno di *abolitio criminis* (cfr., ivi, 53 ss.); Spena, *Per una critica dell'art. 319*-quater *c.p. Una terza via tra concussione e corruzione?,* cit., 223.

[60] Cfr. pag. 47 della sentenza.

LA SENTENZA N. 5/2014 DELLA CORTE COSTITUZIONALE: UNA NUOVA IMPORTANTE RESTRIZIONE DELLE "ZONE FRANCHE" DAL SINDACATO DI LEGITTIMITÀ NELLA MATERIA PENALE

Marco Scoletta

Abstract

La sentenza della Corte costituzionale n. 5 del 2014, dichiarando l'illegittimità di una norma abrogatrice, ha determinato la reviviscenza di una fattispecie incriminatrice che era stata espunta dall'ordinamento. Si tratta, pertanto, di un'eccezionale pronuncia *in malam partem* che, non essendo inquadrabile nel paradigma di sindacabilità delle c.d. norme penali "di favore" tracciato da C. Cost. n. 394 del 2006, sembra aprire nuovi scenari e nuove prospettive nel controllo di legittimità sulle scelte punitive del legislatore. Nella nota si analizzano le peculiarità della vicenda normativa oggetto del giudizio e si individuano i profili realmente innovativi della sentenza di illegittimità, soprattutto in relazione al riconoscimento – finora tutt'altro che pacifico – degli effetti di reviviscenza normativa conseguenti al riconoscimento dei "vizi formali" delle leggi penali favorevoli.

Sommario 1. La vicenda: l'abrogazione della fattispecie incriminatrice di associazione paramilitare – 2. Il quadro normativo e le censure di legittimità costituzionale – 3. Il ripristino normativo della fattispecie penale e la perdurante rilevanza della questione – 4. La nuova ipotesi di ammissibilità del sindacato su norme penali favorevoli: la violazione dell'art. 76 Cost. – 5. L'accoglimento della questione nel merito (rinvio) – 6. Gli effetti della dichiarazione di illegittimità della norma abolitrice: reviviscenza del reato ed applicazione nel processo *a quo* – 7. Conclusione: un nuovo significato della riserva di legge penale

1. La vicenda: l'abrogazione della fattispecie incriminatrice di associazione paramilitare.

Con la sentenza n. 5 del 2014 la Corte Costituzionale torna ad occuparsi delle questioni di legittimità delle leggi penali favorevoli, allargando ulteriormente – rispetto a quanto stabilito dalla decisione n. 394 del 2006, che costituisce il fondamentale precedente di riferimento – la sfera di ammissibilità del loro sindacato di costituzionalità.

La vicenda, che avevamo già esaminato in *Diritto penale contemporaneo*[1] in sede di commento ad una prima ordinanza di rimessione del Tribunale di Verona (uno dei due giudici che hanno sollevato la questione oggetto del giudizio, l'altro è stato il Tribunale di Treviso), riguardava la legittimità della norma (*rectius*: delle norme) c.d. "salva-Lega", cioè di quella disposizione normativa che aveva abrogato la fattispecie incriminatrice delle associazioni di carattere militare – tipizzata nel d.lgs. n. 43 del 1948[2] – provocando effetti retroattivi di *abolito criminis* di cui avrebbero teoricamente dovuto beneficiare alcuni esponenti di quel partito politico, imputati a tale titolo per la costituzione di gruppi associativi di tipo appunto 'paramilitare' (rispettivamente la "Guardia Nazionale Padana" – le c.d. "Camicie verdi" – nel giudizio pendente presso il Tribunale di Verona e la "Polisia Veneta" in quello instaurato presso il Tribunale di Treviso).

L'importanza della decisione sta nell'aver riconosciuto, prima della *fondatezza* nel merito, la *rilevanza* e, soprattutto, l'*ammissibilità* della questione, pronunciando una sentenza di illegittimità *in malam partem* che può considerarsi "storica" perché – come vedremo – segna una nuova importante tappa lungo il cammino della giurisprudenza costituzionale in materia.

2. Il quadro normativo e le censure di legittimità costituzionale.

Per comprendere i termini esatti della questione, resa particolarmente complessa (soprattutto in punto di ammissibilità) dal susseguirsi di interventi di legge modificativi delle norme oggetto del sindacato, è opportuno procedere – rimandando alla sentenza per un quadro più analitico – ad una sintetica ricostruzione cronologica della normativa rilevante ai fini del giudizio e alla precisazione delle censure di incostituzionalità mosse dai giudici remittenti:

(i) nell'ambito di un generale intervento di semplificazione normativa (taglia-leggi), il legislatore, con l'art. 14, comma 14, della legge n. 246 del 2005, aveva delegato il Governo ad adottare, «decreti legislativi che individuano le disposizioni legislative statali, pubblicate anteriormente al 1° gennaio 1970, anche se modificate con provvedimenti successivi, delle quali si ritiene *indispensabile* la permanenza in vigore», stabilendo, al successivo comma 14-*ter*, che, «decorso un anno dalla scadenza del termine di cui al comma 14, ovvero del maggior termine previsto dall'ultimo periodo del comma 22, tutte le disposizioni legislative statali non comprese nei decreti legislativi di cui al comma 14, anche se modificate con provvedimenti successivi, sono abrogate». L'esercizio della delega per l'individuazione delle norme da mantenere in vigore sarebbe, quindi, dovuto avvenire entro il 16 dicembre 2009;

(ii) il Governo aveva esercitato la delega con il d.lgs. n. 179 del 2009, inserendo tra le disposizioni legislative da mantenere in vigore anche il d.lgs. n. 43 del 1948, dimostrando così di ritenere indispensabile la norma sanzionatoria del divieto di associazioni di carattere militare che perseguono, anche indirettamente, scopi politici;

[1] M. Scoletta, *Reviviscenza di fattispecie penale illegittimamente abrogata? Il caso del reato di "associazioni di carattere militare per scopi politici" al cospetto della Corte Costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 6 maggio 2011; sulla vicenda si veda anche M. Gambardella, *Abrogazione del reato di associazione militare per scopi politici e obblighi costituzionali espressi di incriminazione*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 3727 ss.; V. Pupo, *L'abrogazione del decreto legislativo che vieta le associazioni di carattere militare, in* www.giurcost.org, 30 novembre 2011; A. Lollo, *La riserva di legge in materia penale alla prova del bilanciamento. In occasione della questione di legittimità costituzionale sull'art. 2268 del codice militare*, in AIC, 4/2011; si veda anche G. Tarli Barbieri, *Quando la semplificazione normativa è politicamente "sensibile": lo "strano caso" dell'abrogazione del d.lgs. 43/1948*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, IV, Napoli, 2010, 3525 ss.

[2] Tale decreto, recante "Divieto di associazioni di carattere militare", sanziona, all'art. 1, le «associazioni di carattere militare, le quali perseguono, anche indirettamente, scopi politici», comminando la *reclusione da uno a dieci anni* per i promotori, i costitutori, gli organizzatori o i dirigenti e quella *fino a diciotto mesi* per i meri partecipanti alle associazioni vietate.

(iii) successivamente, tuttavia, l'art. 2268 del d.lgs. n. 66 del 2010 (Codice dell'ordinamento militare) aveva "riesercitato" la delega del 2005 ricollocando la fattispecie di associazioni paramilitari nel raggio abrogativo del decreto taglia-leggi. Proprio nei confronti dell'intervento legislativo del 2010, il Tribunale di Verona aveva sollevato – come già ricordato – una prima questione di legittimità costituzionale in merito agli effetti abrogativi della norma penale, denunciando la violazione degli artt. 18, 25 e 76 Cost.;

(iv) a distanza di soli tre giorni dalla proposizione della questione, tuttavia, veniva emanato – ancora in attuazione della delega del 2005 – il d.lgs. n. 213 del 2010, che all'art. 1 in sostanza replicava e ribadiva l'abrogazione del d.lgs. n. 43 del 1948, come a voler confermare – nel caso in cui la previsione contenuta nel d.lgs. n. 66 del 2010, emanata nell'ambito del riordino dell'ordinamento militare, fosse stata effettivamente riconosciuta invalida – la chiara volontà legislativa di espungere la norma penale dalle disposizioni che, con il d.lgs. n. 179 del 2009, aveva in precedenza stabilito di mantenere in vigore. Alla luce di tale *ius superveniens*, la Corte Costituzionale (sentenza n. 296 del 2011[3]) ordinava la restituzione degli atti al Tribunale di Verona, affinché il giudice rivalutasse la perdurante rilevanza e non manifesta infondatezza della questione. Anche il Tribunale di Treviso aveva sollevato i medesimi dubbi di incostituzionalità sul d.lgs. n. 66 del 2010, ma, nella matassa aggrovigliata degli interventi normativi, aveva omesso di considerare gli effetti – in termini di rilevanza nel giudizio *a quo* – del d.lgs. n. 213 del 2010 (sebbene tale decreto fosse intervenuto in data precedente alla ordinanza di rimessione), così determinando in questo caso una pronuncia di inammissibilità della Corte costituzionale (sentenza n. 341 del 2011[4]).

Con le questioni di legittimità esaminate dalla Corte nella decisione qui in esame, entrambi i Tribunali ribadiscono, questa volta tenendo adeguatamente conto di tale nuovo e complessivo quadro normativo, gli stessi e numerosi dubbi di legittimità costituzionale già sollevati in prima battuta limitatamente al d.lgs. n. 66 del 2010:

(a) violazione dell'art. 76 per eccesso di delega: secondo i remittenti – che sostanzialmente argomentano in termini analoghi – l'art. 1 del d.lgs. n. 213 del 2010 sarebbe stato "adottato in assenza di una delega che autorizzasse il Governo ad abrogare leggi o provvedimenti già sottratti, ad opera del d.lgs. n. 179 del 2009, all'effetto abrogativo previsto dal comma 14-ter dell'art. 14 della legge n. 246 del 2005". Non solo: le ordinanze di rimessione evidenziavano decisivamente come il termine per l'esercizio della delega fosse scaduto già nel dicembre 2009, ossia prima dell'adozione del decreto delegato. Infine, si contestava anche la possibilità di fondare il potere abrogativo esercitato dal Governo con la norma censurata sul comma 18 del medesimo art. 14 della legge n. 246 del 2005, "in quanto la delega da esso conferita non autorizzava ad intervenire nuovamente sulla scelta già operata nell'individuazione delle norme delle quali era indispensabile la permanenza in vigore e da sottrarre all'effetto abrogativo, ma avrebbe consentito solo interventi integrativi, di riassetto o correttivi rispetto alle norme mantenute in vigore".

(b) violazione dell'art. 18 Cost.: l'abrogazione della fattispecie incriminatrice di associazione paramilitare, che secondo i remittenti costituiva la concreta attuazione del divieto costituzionale di associazioni finalizzate al perseguimento di scopi politici mediante organizzazioni di carattere militare, farebbe sì che "la condotta, pur vietata dalla Costituzione, diventi lecita per l'ordinamento penale, non essendo sanzionata da altre norme penali";

(c) violazione dell'art. 25, comma 2, Cost.: "la carenza assoluta del potere abrogativo in capo al Governo determinerebbe la violazione del principio della riserva di legge in materia penale";

(d) violazione, infine, dell'art. 3 Cost.: il Tribunale di Treviso, in particolare, eccepisce come il legislatore delegato avrebbe operato scelte «che non sono supportate e giustificate da nessuna ragione, creando una disparità di trattamento».

Tali censure, peraltro, non vengono mosse solo nei confronti del d.lgs. n. 213 del 2010, ma – in via di illegittimità conseguenziale – anche nei confronti del d.lgs. n. 66 del 2010. I giudici

[3] A commento di tale decisione, si veda P. Carnevale, *Prima salvato, poi abrogato e infine non più salvato. L'opaca vicenda del decreto in tema di associazioni militari costituzionalmente vietate al cospetto della Corte (che rinvia la decisione)*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 4172 ss.

[4] Sulla quale si veda A. Alberti, *La semplificazione normativa al vaglio della Corte costituzionale. Recenti problemi di ordine sostanziale e processuale,* in *www.federalismi.it*, 8 gennaio 2013.

remittenti puntualmente evidenziano come, in caso di accoglimento della questione limitatamente al più recente decreto legislativo, l'effetto abrogativo della norma incriminatrice sarebbe rimasto comunque fermo in forza del primo decreto legislativo, i cui effetti – come illustrato *supra* – erano stati semplicemente "duplicati" dal d.lgs. n. 213 del 2010. Nei confronti dell'art. 2268 del d.lgs. n. 66 del 2010 vengono mosse le eccezioni di costituzionalità nei termini sopra illustrati, compresa – soprattutto – quella di violazione dell'art. 76 Cost. per esuberanza rispetto al contenuto della legge di delega (già oggetto di autonomi e specifici rilievi nelle originarie ordinanze di illegittimità dichiarate inammissibili).

3. Il ripristino normativo della fattispecie penale e la perdurante rilevanza della questione.

Ma non è tutto. La situazione normativa fotografata e denunciata nei termini suddetti – pronta ad essere finalmente sottoposta al giudizio della Corte costituzionale – è stata infatti nuovamente oggetto di un radicale intervento modificativo, con il quale il legislatore delegato – tornando sui propri passi (o quantomeno su quelli del precedente Governo)[5] – pensava forse di risolvere la questione riportandola preventivamente nel recinto della legittimità costituzionale: il d.lgs. n. 20 del 2012, infatti, ha sorprendentemente "ripristinato" il reato tipizzato dal d.lgs. n. 43 del 1948, disponendo l'abrogazione di entrambe le norme oggetto del giudizio di legittimità costituzionale[6].

Tuttavia, se il ripristino normativo della fattispecie incriminatrice vale ovviamente per il futuro, nessun effetto può invece avere per il passato e in particolare in relazione al trattamento dei fatti oggetto di giudizio nei processi *a quibus*, che continuerebbero a beneficiare degli effetti retroattivamente abolitivi delle norme da ultimo abrogate[7] (in ragione del principio di prevalenza della *lex mitior* intermedia[8]). Tali rilievi sono stati questa volta puntualmente recepiti e svolti dal Tribunale di Treviso – che aveva sollevato la questione di legittimità *successivamente* all'entrata in vigore del d.lgs. n. 20 del 2012 – per sostenere la sostanziale ininfluenza della novella legislativa sulla rilevanza della questione e hanno trovato la piena sintonia della Corte Costituzionale, che anzi ne ha esteso la portata per motivare la rilevanza – data la sostanziale omogeneità delle situazioni – anche della questione sollevata dal Tribunale di Verona, benché l'ordinanza di quest'ultimo giudice fosse *antecedente* al febbraio 2012 e quindi, anche in questo caso, non avesse potuto tener conto dello *ius superveniens* ripristinatorio del reato (ed argomentarne l'irrilevanza nel giudizio *a quo*).

4. La nuova ipotesi di ammissibilità del sindacato su norme penali favorevoli: la violazione dell'art. 76 Cost.

Una volta risolto il nodo della "rilevanza" della questione, la Corte passa ad affrontare il più spinoso e problematico profilo della "ammissibilità" di pronunce di incostituzionalità *in malam partem*, quale evidentemente sarebbe quella stimolata dai giudici remittenti, in quanto funzionale ad ottenere – come conseguenza della dichiarazione di illegittimità costituzionale delle norme censurate – la reviviscenza della fattispecie incriminatrice abrogata.

[5] Cfr. P. Carnevale, *Prima salvato, poi abrogato e infine non più salvato*, cit., p. 4175 s., che rilevava come la seconda abrogazione della norma penale potrebbe in effetti aver sanato il vizio formale della prima, ma la questione poteva essere comunque decisa già da C. Cost. n. 296 del 2011 – e non rinviata, tanto più alla luce della sospensione del processo e del decorso della prescrizione – in relazione agli altri due profili di legittimità censurati, cioè la violazione dell'art. 18 e dell'art. 25 Cost.

[6] L'art. 9, comma 1, lettera q), di tale decreto così infatti recita: "all'articolo 2268, comma 1, il numero 297) è soppresso e, per l'effetto, il decreto legislativo 14 febbraio 1948, n. 43, riprende vigore ed è sottratto agli effetti di cui all'articolo 1, comma 1, lettera b), del decreto legislativo 13 dicembre 2010, n. 213".

[7] In questo senso, prospettando allora in via di mera ipotesi l'intervento legislativo che poi si è concretizzato, già M. Gambardella, *Abrogazione del reato*, cit.; M. Scoletta, *Reviviscenza di fattispecie penale*, cit., p. 6

[8] Tale principio trova attualmente riconoscimento normativo non solo nella disposizione legislativa di diritto intertemporale dell'art. 2, comma 4, c.p. ma anche – su un piano sovraordinato – nell'art. 7 Cedu, nell'interpretazione datane da C.edu, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia* (cfr. sul punto M. Scoletta, *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in Paliero-Viganò (a cura di), *Europa e diritto penale*, Milano, 2013, p. 280 s.)

Come noto, all'ammissibilità di tali questioni si oppone un granitico orientamento della giurisprudenza costituzionale, che vi oppone lo sbarramento della riserva di legge penale: la Corte non si stanca di ripetere – a fronte di ricorrenti richieste di interventi *in malam partem* – come l'art. 25, comma 2, Cost. attribuisca al Parlamento il monopolio esclusivo del potere punitivo dello Stato, in quanto solo il procedimento legislativo è in grado di attribuire alla sanzione penale la piena legittimazione democratica di cui è costituzionalmente bisognosa. Anche questa volta la Corte ribadisce la primazia e l'attualità di tale principio fondamentale, ma sottolinea anche come l'inflessibilità di tale limite al sindacato di legittimità sulle norme penali favorevoli abbia conosciuto nel tempo un'importante evoluzione giurisprudenziale, che ne ha via via smussato l'originaria impermeabilità a qualsiasi eccezione.

Le tappe principali di tale percorso evolutivo sono individuate:

(i) in primo luogo, nella sentenza n. 148 del 1983[9], che ha superato il rigido sbarramento inizialmente espresso in termini di "irrilevanza" della questione nel procedimento *a quo* in ragione del divieto di retroattività *contra reum* delle norme penali[10] ritenuto valido anche in merito agli effetti normativi *in malam partem* eventualmente conseguenti alle pronunce di incostituzionalità. In tale occasione, la Corte affermava come "altro […] è la garanzia che i principi del diritto penale-costituzionale possono offrire agli imputati, circoscrivendo l'efficacia spettante alle dichiarazioni d'illegittimità delle norme penali di favore; altro è il sindacato cui le norme stesse devono pur sempre sottostare, a pena di istituire zone franche del tutto impreviste dalla Costituzione, all'interno delle quali la legislazione ordinaria diverrebbe incontrollabile"; data questa premessa, la Corte precisava, in punto di rilevanza incidentale di tali questioni, come le decisioni *in malam partem* potrebbero in ogni caso incidere sulla formula di proscioglimento o quantomeno sulla *ratio decidendi* del giudizio penale *a quo*[11];

(ii) in secondo luogo, nella sentenza n. 394 del 2006[12], che ha ritenuto compatibile non solo con il principio di irretroattività ma anche con quello di riserva di legge – che dopo la sentenza del 1983 continuava a inibire la pronuncia di decisioni *in malam partem* – il sindacato di legittimità limitatamente alle c.d. norme penali "di favore", cioè alle norme "che stabiliscano, per determinati soggetti o ipotesi, un trattamento penalistico più favorevole di quello che risulterebbe dall'applicazione di norme generali o comuni". In tali ipotesi, secondo la Corte, "la riserva al legislatore sulle scelte di criminalizzazione resta salva: l'effetto *in malam partem* non discende dall'introduzione di nuove norme o dalla manipolazione di norme esistenti da parte della Corte, la quale si limita a rimuovere la disposizione giudicata lesiva dei parametri costituzionali; esso rappresenta, invece, una conseguenza dell'automatica riespansione della norma generale o comune, dettata dallo stesso legislatore, al caso già oggetto di una incostituzionale disciplina derogatoria";

(iii) infine, l'ultimo tassello di questa lenta ma progressiva evoluzione giurisprudenziale è individuato nella sentenza n. 28 del 2010[13], nella quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità

[9] Sulla quale si vedano le note di G. Lattanzi, *La non punibilità dei componenti del Consiglio superiore al vaglio della Corte costituzionale: considerazioni e divagazioni*, e di D. Pulitanò, *La "non punibilità" di fronte alla Corte costituzionale*, entrambe in *Foro it.*, 1983, I, c. 1801 ss., che puntualmente chiosava: "Il rilievo del principio di irretroattività ne risulta conseguentemente spostato, da criterio processuale di (ir)rilevanza delle questioni *in malam partem*, a criterio sostanziale che necessariamente concorre, anche dopo l'eventuale accoglimento della questione d'incostituzionalità, a determinare un più complesso fondamento normativo di un'immutata soluzione pratica, favorevole all'imputato".

[10] Per un parziale ridimensionamento di questa diffusa opinione in merito all'atteggiamento della Corte Costituzionale in relazione alla ricevibilità delle questioni *in malam partem* nei primi lustri della sua attività, cfr. ora M. Scoletta, *Metamorfosi della legalità*. Favor libertatis *e sindacabilità* in malam partem *delle norme penali*, Pavia, 2012, spec. p. 66 ss.

[11] Sul significato e le implicazioni di tali affermazioni, cfr. M. Scoletta, *La "rilevanza" delle questioni di legittimità costituzionale in malam partem: il caso della prescrizione del reato*, in questa *Rivista*, 2, 2012, p. 117 ss. e, più approfonditamente e problematicamente, Id., *Metamorfosi della legalità*, cit., p. 83 ss.

[12] Per un commento a tale importante pronuncia, si veda, *ex multis*, G. Marinucci, *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le «zone franche»*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 4160 ss.; D. Pulitanò, *Principio di eguaglianza e norme penali di favore (Nota a Corte cost. num. 393-394 del 2006)*, in *Corr. mer.*, 2007, 209 ss.; O. Di Giovine, *Il sindacato di ragionevolezza nei casi facili. A proposito della sentenza n. 394 del 2006 sui "falsi elettorali"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 100 ss.; C. Pecorella, *Pronunce* in malam partem *e riserva di legge in materia penale*, ibidem, p. 351; V. Manes, *Norme penali di favore, no della Consulta*, in *Dir. giust.*, n. 46, 2006, p. 34 ss.; M. Gambardella, *Specialità sincronica e specialità diacronica nel controllo di costituzionalità delle c.d. norme penali di favore*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 467 ss.

[13] Sulla quale si veda soprattutto A. M. Maugeri, *La dichiarazione di incostituzionalità di una norma per la violazione di obblighi comunitari ex artt. 11 e 117 Cost.: si aprono nuove prospettive?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1147 ss.; V. Onida, *Sul controllo di conformità delle leggi al diritto europeo: le ceneri di pirite come «sottoprodotti» davanti alla Corte costituzionale*, in *Riv. giur. amb.*, 2011, p. 875 ss.; A. Celotto, Venisti tandem! *La Corte, finalmente, ammette che le norme comunitarie sono "cogenti e sovraordinate"*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 382 ss.; D. Franzin, *La Corte costituzionale e la definizione di rifiuto: nuovo capitolo di una complessa vicenda di illegittimità comunitaria*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 117 ss.

costituzionale di una *lex mitior* intermedia contrastante con una direttiva comunitaria, riconosciuta come parametro interposto per dichiarare la violazione degli artt. 11 e 117 Cost. In questo caso, la Corte ha argomentato affermando che "se si stabilisse che il possibile effetto *in malam partem* della sentenza di questa Corte inibisce la verifica di conformità delle norme legislative interne rispetto alle norme comunitarie – che sono cogenti e sovraordinate alle leggi ordinarie nell'ordinamento italiano per il tramite degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. – non si arriverebbe soltanto alla conclusione del carattere non autoapplicativo delle direttive comunitarie […], ma si toglierebbe a queste ultime ogni efficacia vincolante per il legislatore italiano".

E' proprio nel solco tracciato da quest'ultima decisione che la sentenza n. 5 del 2014 estende ulteriormente i margini di ammissibilità del controllo di costituzionalità delle "norme penali favorevoli". In entrambi i casi, infatti, la censura di incostituzionalità che la Corte ritiene legittimamente azionabile *in malam partem* attiene alla "carenza di potere del Governo" nell'adozione della norma impugnata: come nel caso della sentenza n. 28 del 2010 la *lex mitior* dichiarata illegittima si poneva in contrasto con i vincoli legislativi costituzionalmente imposti – ex artt. 11 e 117 – dal rispetto della normativa comunitaria, così nel caso qui in esame la Corte ritiene ammissibile il sindacato di legittimità su norme penali favorevoli (produttive di effetti di *abolitio criminis*) che parimenti erano sospettate di aver ecceduto i vincoli costituzionali derivanti – questa volta ex art. 76 Cost. – dal rispetto della legge di delega[14].

La riserva di legge in materia penale non solo non costituisce un ostacolo all'ammissibilità del sindacato *in malam partem* su tali norme, ma al contrario – e questo rappresenta, a nostro parere, il passaggio forse più significativo di tutta la motivazione della Corte – tale principio risulterebbe a sua volta violato da una norma che incida sul "trattamento penale di alcun fatti" e che sia contenuta in un decreto legislativo assunto in violazione dell'art. 76 Cost. Legiferando in materia penale in assenza o fuori dai limiti di una valida legge di delega, infatti, il Governo assumerebbe "scelte di politica criminale autonome e contrastanti con quelle del legislatore delegante", cioè proprio con quelle espresse dal Parlamento, al quale tali scelte sono riservate in via esclusiva in forza del principio consacrato dall'art. 25, comma 2, Cost. La Corte sintetizza quindi il risultato del proprio ragionamento in un principio di diritto formulato in termini inequivocabili: "quando, deducendo la violazione dell'art. 76 Cost., si propone una questione di legittimità costituzionale di una norma di rango legislativo adottata dal Governo su delega del Parlamento, il sindacato di questa Corte non può essere precluso invocando il principio della riserva di legge in materia penale".

Una conclusione che ci pare ineccepibile, considerato come – ribadendo osservazioni che avevamo espresso a margine della prima ordinanza del Tribunale di Verona – non si possa certo ammettere che "le opzioni politico-criminali espresse dal legislatore delegato possano 'pregiarsi' della intangibilità garantita dalla riserva assoluta di legge penale. Tale garanzia non può che essere legata alla vigenza di una legge dello Stato che sia effettivamente e legittimamente tale, cioè sia anzitutto l'espressione formalmente valida della volontà parlamentare e non il risultato di procedure irrituali o, addirittura, di manovre politiche elusive o fraudolente[15]".

5. L'accoglimento della questione nel merito (rinvio).

Entrando finalmente nel merito della eccezione di legittimità per violazione dell'art. 76 Cost., la Corte – aderendo sostanzialmente ai precisi rilievi espressi nelle ordinanze di rimessione – ne riconosce la fondatezza, rilevando come entrambe le norme impugnate eccedessero i limiti della delega in relazione a tutte le norme di legge astrattamente attributive di poteri di intervento normativo (art. 14, commi 14, 14-*quater* e 15 e art. 15). Anche questa parte della motivazione in diritto è ricca suggestioni, soprattutto – per quanto particolarmente interessa

[14] Sulla sindacabilità delle norme penali ex art. 76 Cost. secondo lo schema del parametro "interposto" di legittimità costituzionale (comune alle questioni sollevate ex artt. 11 e 117 Cost.), si veda M. Scoletta, *Metamorfosi della legalità*, cit., p. 170.

[15] Così M. Scoletta, *Reviviscenza di fattispecie penali*, cit., § 3 e, più approfonditamente, Id., *Metamorfosi della legalità*, cit., p. 221: "E' evidente come, in questa prospettiva, l'effetto sfavorevole 'di risulta' non intacchi in alcun modo la piena discrezionalità del legislatore nella sua politica distributiva delle sanzioni penali e non si presti pertanto ad alcun *vulnus,* neppure indiretto, delle garanzie dell'art. 25, comma 2, Cost." (e *ivi* ulteriori esemplificazioni di ulteriori parametri di legittimità azionabili *in malam partem* senza che la *ratio* della riserva di legge risulti vulnerata).

nella prospettiva penalistica – in ragione dei riferimenti a potenziali ed ulteriori vincoli derivanti, nei confronti del legislatore penale, direttamente dall'art. 18 Cost. Sebbene tale specifico profilo di illegittimità costituzionale non sia stato affrontato dalla Corte[16] (e dubbi rimangano – alla luce di quanto illustrato *supra* – sulla possibilità di utilizzare anche tale norma quale parametro di legittimità per eccezioni *in malam partem*) aggalla infatti il tema delle "leggi costituzionalmente necessarie", senz'altro meritevole di approfondimenti e sviluppi anche nell'ottica della sindacato di legittimità delle norme penali[17]. Nell'economia del presente commento 'a caldo', questi aspetti assumono un interesse tutto sommato secondario, al quale potrà essere attribuita la dovuta rilevanza in un momento successivo, di più meditata riflessione.

6. Gli effetti della dichiarazione di illegittimità della norma abolitrice: reviviscenza del reato ed applicazione nel processo *a quo*.

Alcuni cenni merita invece la risposta all'interrogativo sugli effetti della pronuncia di accoglimento nei processi *a quibus*.

L'effetto normativo di reviviscenza del reato di associazione paramilitare sembra essere dato per presupposto dalla Corte. Una conclusione (implicita nella motivazione), anche questa, pienamente condivisibile[18], tanto più in considerazione del fatto che oggetto diretto della dichiarazione di incostituzionalità sono disposizioni normative sostanzialmente ed esclusivamente abrogatrici, il cui annullamento all'evidenza non può che comportare altro effetto che quello ripristinatorio delle norme illegittimamente abrogate[19]. D'altra parte, la stessa ammissibilità della questione non può che dipendere dalla possibilità teorica che la reviviscenza si realizzi; diversamente, infatti, la Corte avrebbe dovuto dichiarare l'irrilevanza (perché nessuna incidenza, neppure sul dispositivo o sulla motivazione della sentenza assolutoria, deriverebbe dal mantenimento della normativa *in statu quo ante*) o comunque l'inammissibilità (come avviene a fronte di richieste di interventi manipolativi che la Corte si dichiara incompetente ad attuare).

I giudici costituzionali non prendono invece posizione, neanche indirettamente, sugli effetti intertemporali della propria decisione ed anzi – ben consapevoli dei vincoli derivanti dall'art. 25, comma 2, Cost. – demandano espressamente all'interprete la determinazione delle conseguenze applicative della reviviscenza della fattispecie incriminatrice nei giudizi principali; con la precisazione, peraltro, che occorre tener ben distinti i due profili: dell'ammissibilità del controllo di legittimità costituzionale ("che non può soffrire limitazioni, se ritualmente attivato secondo le norme vigenti"), da una parte, e – appunto – degli effetti concreti delle sentenze di accoglimento nel processo *a quo* ("che devono essere valutati dal giudice rimettente secondo i principi generali che reggono la successione nel tempo delle leggi penali"), dall'altra. Non a caso, la Corte ricorda anche i propri precedenti (espressi in C. Cost. n. 98 del 1997 e n. 294 del 2011) nei quali ha affermato che "è totalmente ininfluente sull'ammissibilità della questione il 'senso' degli ipotetici effetti che potrebbero derivare per le parti in causa da una pronuncia sulla costituzionalità della legge". Con ciò si ammette, in sostanza, che le conseguenze applicative delle decisioni di accoglimento possano andare in direzione diversa rispetto a quella perseguita dal giudice remittente o che – come fondamentalmente chiarito da C. Cost. n. 148 del 1983 (e ribadito da C. Cost. n. 394 del 2006 e da n. 28 del 2010) – la

[16] Sulla possibilità di azionare fondatamente anche l'art. 18 Cost., secondo il paradigma sostanziale degli obblighi di criminalizzazione, M. Gambardella, *Abrogazione del reato*, cit.; A. Lollo, *La riserva di legge*, cit.; in senso critico, invece, M. Scoletta, *Reviviscenza di fattispecie penali*, cit., § 4.

[17] Per un'illustrazione argomentata di tali potenziali sviluppi, cfr. M. Scoletta, *Metamorfosi della legalità*, cit., spec. p. 243 ss.

[18] Sull'ammissibilità della reviviscenza di fattispecie incriminatrici illegittimamente abrogate o sostituite, cfr. M. Scoletta, *L'irragionevole insindacabilità delle opzioni punitive* in malam partem, in *Giur. cost.*, 2009, p. 428 ss. e, più approfonditamente, ancora Id., *Metamorfosi della legalità*, cit., p. 286 ss. (spec. p. 303).

[19] Cfr. A.M. Sandulli, *Natura, funzioni ed effetti delle pronunce della Corte costituzionale sulla legittimità delle leggi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, p. 23; a conforto di tale opinione è invocabile direttamente anche H. Kelsen, *La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La justice costitutionelle)*, in *Rev. dr. publ.*, 1928, p. 244; tra i penalisti, G. Delitala, *Effetti penali della dichiarazione di illegittimità costituzionale delle leggi*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1955, p. 187; M. Gallo, *La "disapplicazione" per invalidità costituzionale della legge penale incriminatrice*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1956, p. 734.

"rilevanza" nel processo principale possa limitarsi alla mera incidenza sulla formula di proscioglimento o ai passaggi argomentativi della motivazione del giudizio di merito.

D'altra parte, anche la sentenza n. 28 del 2010 si chiudeva ponendo espressamente il dubbio riguardo agli effetti intertemporali della pronuncia di accoglimento (*in malam partem*); dubbio che già in tale sede era alimentato dall'interrogativo sulla eventuale nuova 'portata' della retroattività della norma penale favorevole conseguente all'inserimento di tale principio tra quelli "fondamentali" del sistema giuridico europeo (nell'art. 49 della CFDUE e nell'art. 7 della CEDU).

Ebbene, ponendoci nella prospettiva dell'interprete disposto ad ammettere anche l'inapplicabilità nel processo principale della norma penale ripristinata dalla sentenza della Corte, nel caso in esame possiamo nondimeno riconoscere una rilevanza 'forte' della pronuncia n. 5 del 2014 sulla definizione dei processi *a quibus*, nei quali cioè la norma penale reviviscente – legge in vigore al *tempus commissi delicti* – può essere (ri)applicata anche ai fini della condanna dei soggetti *sub iudice*[20]. Come già fermamente sostenuto in dottrina[21], e confermato dalla stessa Corte Costituzionale (n. 394 del 2006), l'operatività del principio di retroattività della *lex mitior* – che nel caso in esame imporrebbe di far prevalere gli effetti retroattivi di *abolitio criminis* prodotti dalle norme dichiarate illegittime – presuppone infatti la piena validità costituzionale dell'opzione legislativa favorevole al reo. Parimenti, il dubbio sollevato da C. Cost. n. 28 del 2010 è destinato ad essere dissipato nel senso che anche nella prospettiva dell'ordinamento giuridico europeo le *rationes* teoricamente individuabili a fondamento del principio di retroattività della *lex mitior* (siano esse specificamente individuate nell'uguaglianza piuttosto che nella proporzionalità o nella meritevolezza di pena) presuppongono in ogni caso la piena legittimità della legge penale favorevole, necessariamente espressiva di opzioni politico-criminali dotate di *legal basis* nel diritto nazionale[22].

7. Conclusione: un nuovo significato della riserva di legge penale.

La sentenza n. 5 del 2014 rappresenta dunque l'ultima e importante tappa del cammino della Corte costituzionale nel processo evolutivo di erosione delle "zone franche" dal controllo di legittimità costituzionale nella materia penale. Molto ancora si può dire, e molto probabilmente si dirà, a margine di tale decisione, in particolare per definire (e opportunamente circoscrivere) i limiti esatti del nuovo perimetro di ammissibilità del sindacato sulle scelte punitive (*rectius*: non punitive) del legislatore.

A ben vedere, tuttavia, la riconosciuta ammissibilità delle questioni di legittimità *in malam partem* di norme penali favorevoli nella particolare ipotesi della violazione di "vizi formali" del procedimento legislativo – che peraltro non rappresenta affatto un *novum* assoluto nella giurisprudenza costituzionale[23] (sebbene in passato tali questioni fossero passate 'sotto silenzio' e non abbiano acquistato il valore di "precedenti") – costituisce un approdo già da tempo prospettato e senz'altro ammesso dalla dottrina che si è più approfonditamente occupata del tema[24].

L'aspetto più interessante della sentenza esaminata, denso di potenziali implicazioni sistematiche nell'ordinamento, ci sembra invece un altro, relativo alla stessa 'portata' del principio di legalità penale: nel caso *de quo*, l'aver individuato, contestualmente alla violazione dell'art. 76 Cost., anche quella dell'art. 25, comma 2, Cost. – nei termini illustrati *supra* – significa infatti riconoscere il monopolio politico-criminale del Parlamento, costituzionalmente sancito, su tutti i confini dell'intervento punitivo, non solo in positivo ('quando punire'), ma anche in

[20] Per la distinzione tra rilevanza "forte", "intermedia" e "debole" delle questioni di legittimità delle norme penali, sulla base della tipologia degli effetti conseguenti alle pronunce di accoglimento, si rinvia ancora a M. Scoletta, *Metamorfosi della legalità*, cit., p. 30 ss.

[21] V. Onida, *Retroattività e controllo di costituzionalità della legge penale sopravvenuta più favorevole*, in Bin-Brunelli-Pugiotto-Veronesi (a cura di), *Ai confini del* favor rei. *Il falso in bilancio davanti alle corti costituzionale e di giustizia*, Torino, 2005, p. 285 ss. e M. Scoletta, *Retroattività* in mitius *e pronunce di incostituzionalità* in malam partem, ivi, p. 342 ss.

[22] Cfr. M. Scoletta, *La legalità penale*, cit., p. 275 s.

[23] Si veda, fra le tante, C. Cost. n. 145 del 1971, n. 416 del 1989 e 334 del 1994; per una rassegna completa M. Scoletta, *Metamorfosi della legalità*, cit., p. 170 s.

[24] Cfr. F. Palazzo, *Valori costituzionali e diritto penale (Un contributo comparatistico allo studio del tema)*, in A. Pizzorusso-V. Varano (a cura di), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, I, Milano, 1985, p. 604, nota 282 e M. Parodi Giusino, *Effetti della dichiarazione di incostituzionalità di leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 927 ss.

negativo ('quando non punire'). Si assiste in sostanza ad un'estensione del contenuto di garanzia della legalità penale, che determina il superamento di una visione dell'art. 25, comma 2, Cost. orientata esclusivamente (e riduttivamente) al *favor rei* e alla tutela del cittadino rispetto agli abusi repressivi della sanzione penale[25]. Il principio della riserva di legge risulta quindi tutt'altro che indebolito, ma anzi rafforzato e arricchito di nuovi significati, che rendono teoricamente prospettabili ulteriori futuri sviluppi anche del sindacato di legittimità costituzionale nella materia penale.

[25] Così fondamentalmente già M. D'Amico, *Sulla « costituzionalità » delle decisioni manipolative in materia penale,* in *Giur. it.*, 1990, IV, c. 275; nonché da ultimo, sviluppando tale impostazione, M. Scoletta, *Metamorfosi della legalità*, cit., p. 200, dove si afferma come la valutazione di ammissibilità del sindacato della Corte basata, nella materia penale, esclusivamente sulla tipologia degli effetti delle pronunce di accoglimento – *in malam* piuttosto che *in bonam partem* – "disegnerebbe una riserva di legge 'a senso unico', introducendo una deroga al sistema *costituzionale* di organizzazione delle fonti e di ripartizione delle competenze tra gli organi dello Stato, deroga che non trova una giustificazione di rango parimenti *costituzionale* in grado di legittimarla".

ARDITA LA ROTTA O INCERTA LA GEOGRAFIA? LA DISAPPLICAZIONE DELLA LEGGE 40/2004 "IN ESECUZIONE" DI UN GIUDICATO DELLA CORTE EDU IN TEMA DI DIAGNOSI PREIMPIANTO

A proposito di Tribunale di Roma, Sezione prima civile, ordinanza 23 settembre 2013, giudice Galterio, Costa e Pavan contro Asl Roma A e Centro Tutela della Donna e del Bambino S. Anna.

Antonio Vallini

Abstract

Con l'ordinanza richiamata nel sottotitolo il Tribunale di Roma "chiude" di fatto la nota vicenda giudiziaria "Costa-Pavan", in tema di diagnosi preimpianto e diritto all'accesso alla procreazione assistita da parte di coppie non sterili ma portatrici di gravi malattie ereditarie. Invece di essere fatto oggetto di questione di costituzionalità, l'art.4 della l. 40/2004 viene "disapplicato", in modo da consentire immediatamente ai ricorrenti, pur capaci di avere figli, di usufruire di un trattamento di fecondazione assistita e, quindi, di una diagnosi e selezione preimpianto, così da superare nel caso specifico la discriminazione rispetto a coppie che, sugli stessi presupposti e per gli stessi fini, avrebbero la possibilità di accedere ad indagini prenatali ed eventualmente all'interruzione volontaria di gravidanza; discriminazione già censurata in una precedente decisione dalla Corte EDU, stimolata da un ricorso "diretto" degli stessi coniugi. L'analisi del provvedimento e dei peculiari percorsi procedurali che ad esso hanno condotto costituisce occasione per un approfondimento dei nessi tra sistema giuridico CEDU e ordinamento interno, nella prospettiva del c.d. "dialogo tra le Corti". Tale approfondimento si giova, tra l'altro, di una rilettura delle sentenze sull'altrettanto noto caso "Scoppola", che sembra rivelare una tendenza non pienamente dichiarata della giurisprudenza, persino costituzionale, ad asseverare forme di disapplicazione di norme di legge in esecuzione sostanziale di sentenze CEDU, limitata alle sole ipotesi in cui il giudice interno abbia a decidere del medesimo caso già preso in considerazione a Strasburgo. Una tendenza che potrebbe costituire un plausibile "compromesso" – nel caso specifico (connotato da profili problematici peculiari), ma anche più in generale – tra l'esigenza di mantener ferme la "separazione" tra potere giudiziario e legislativo nonché le logiche del principio di legalità, e l'opportunità di concedere al giudice italiano spazi di interazione diretta con quello sovranazionale, senza che tale interazione abbia ad incidere sulla dimensione "generale ed astratta" dell'ordinamento.

Sommario

1. Introduzione. – 2. Motivi nazionali e sovranazionali di irragionevolezza e le virtualità dell'interpretazione adeguatrice. – 3. Le aporie dell'interpretazione adeguatrice e la pronuncia della Corte EDU. – 4. Dal ricorso omisso medio alla CEDU alla disapplicazione del giudice italiano. – 5. Disvelati scenari impliciti nella più recente giurisprudenza costituzionale? – 6. Implicazioni e prospettive.

1. Introduzione.

Con l'ordinanza in esame[1] il Tribunale di Roma chiude, nei fatti, la "pratica" ormai conosciuta anche ai media per il cognome dei ricorrenti (Costa e Pavan). Trattasi di due coniugi portatori di fibrosi cistica (già manifestatasi in una prima figlia e, successivamente, motivo di un'interruzione volontaria di gravidanza), noti per aver "denunciato" alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo il divieto italiano di accesso alla procreazione assistita (PMA) opposto a coppie non sterili ma portatrici di gravi malattie ereditarie, perciò desiderose di ricorrere alla diagnosi genetica preimpianto (PGD) al fine di selezionare i soli embrioni sani, così da prevenire la trasmissione della patologia al nato e le correlate ripercussioni negative per la salute psico-fisica della donna[2].

Ottenuta ragione a Strasburgo in via definitiva (Camera CEDU, II sezione, Costa e Pavan c. Italia, 28 agosto 2012)[3], i medesimi soggetti pretendevano la pronta soddisfazione del sancito diritto ad usufruire delle prestazioni sanitarie in questione, agendo ex art. 700 c.p.c contro le strutture sanitarie, che opponevano il mancato adeguamento della legge 40/2004 da parte del legislatore (il periculum in mora veniva rapportato all'età non giovane dell'aspirante madre: il dato anagrafico molto incide sulle aspettative di risultato e sulle prospettive di rischio di una fecondazione assistita). La pretesa viene considerata valida dal Tribunale di Roma, che "neutralizza" il divieto, accoglie il ricorso e intima ai convenuti di adempiere[4].

Più nello specifico, il giudice civile:

1. ripropone una consolidata interpretazione adeguatrice, secondo la quale la diagnosi preimpianto e il mancato trasferimento in utero degli embrioni rifiutati dalla donna perché malati, lungi dal configurare fattispecie delittuose, corrispondono piuttosto ad un diritto al consenso informato e all'autodeterminazione in ambito sanitario, espressamente riconosciuto dagli artt 6 e 14, co.5, della stessa legge 40/2004 a favore di coloro che abbiano accesso alla PMA;

2. per il resto, disapplica per contrasto con la CEDU l'art.4, co.1, della l. 40/2004 («il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico»). Tale norma, infatti, impedisce in ogni caso l'accesso alla PMA a coppie non affette da sterilità o infertilità, fossero pure portatrici di gravi malattie trasmissibili.

2. Motivi nazionali e sovranazionali di irragionevolezza e le virtualità dell'interpretazione adeguatrice.

La destinazione era tendenzialmente segnata, almeno rispetto al caso concreto.

Nella citata pronunzia "Costa e Pavan", la Corte EDU aveva appunto dichiarato che gli effetti che le norme della legge 40/2004 producevano in quel caso si ponevano in irrimediabile

[1] Per un commento alla quale v. già Ruggeri, *Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine di una pronunzia del Trib. di Roma, I Sez. Civ., che dà "seguito" a Corte EDU Costa e Pavan)*, in www.dirittocomparati.it.

[2] Per una comprensione dei profili "tecnici" della diagnosi preimpianto (e sulle differenze rispetto alla c.d. "diagnosi prenatale") si può consultare Forabosco, *Le diagnosi prenatali e preimpianto*, in *Il governo del corpo*, a cura di Canestrari-Ferrando-Mazzoni-Rodotà-Zatti, 2, Milano, 2011, 1468 ss.

[3] In *Dir. pen. cont.*, con nota di Verri, *Corte EDU e legge 40/2004: contrario all'art. 8 Cedu il divieto, per una coppia fertile portatrice sana di fibrosi cistica, di accedere alla diagnosi pre-impianto degli embrioni (ma il Governo fa ricorso alla Grande Chambre)*, 29 novembre 2012. La decisione è divenuta definitiva a seguito del rigetto in via preliminare del ricorso del Governo italiano alla Gran Camera CEDU, in data 11 febbraio 2013. Cfr. Vallini, *Diagnosi preimpianto: respinta la richiesta di rinvio alla Gran Camera CEDU avanzata dal Governo italiano nel caso Costa e Pavan contro Italia*, in *Dir. pen. cont.*, 18 febbraio 2013.

[4] Quanto all'esecuzione dell'obbligo, il Tribunale ritiene che la Asl di Roma ben abbia la possibilità tecnica di provvedere a PGD vuoi direttamente, vuoi avvalendosi di centri specializzati già esistenti nella Capitale, ai quali, tra l'altro, già si era affidata in un precedente caso la ASL di Cagliari.

contrasto con l'art. 8 CEDU[5]. Principalmente si evidenziava la sproporzione di una ingerenza statale rispetto alla fondamentale libertà di autodeterminarsi in ambito familiare e riproduttivo (riconducibile all'art.8 CEDU), che si risolva in un impedimento a ricorrere a una PGD e selezione preimpianto in presenza dei medesimi presupposti, ed esattamente per gli stessi scopi, che invece consentono l'attuazione di accertamenti diagnostici prenatali (cioè sul feto, attraverso il corpo della madre) ed eventualmente una interruzione volontaria di gravidanza ai sensi della legge n.194 del 22 maggio 1978. E' per vero insensato rispetto a qualsivoglia progetto di tutela, anche quello che abbia particolarmente a cuore le sorti del concepito, sacrificare la libertà di avere figli (sani) imponendo alla madre l'opzione sanitaria più gravosa per il suo benessere e la sua salute, senza con ciò meglio garantire supposti diritti del nascituro, comunque suscettibile di essere soppresso (in una fase più avanzata di sviluppo)[6].

Facciamo un passo indietro, nel tempo ed entro i confini del nostro ordinamento. Un similare vizio di irragionevolezza era denunciato da buona parte della dottrina prima, durante e dopo il controverso iter di approvazione della l. 40/2004, prendendo appunto come elemento di comparazione la legge 194/78 (tra l'altro, lo si ricordi, normativa "costituzionalmente vincolata")[7]; e questa volta chiamando in causa, in primis, gli artt.3 e 32 Cost. (appunto principio di ragionevolezza/uguaglianza, in rapporto al diritto alla salute della madre, in vista del quale l'ordinamento consente l'interruzione di gravidanza, ma non consentirebbe, invece, diagnosi e selezione preimpianto)[8]. Le stesse valutazioni avevano sollecitato altra parte della dottrina[9] a proporre un'interpretazione costituzionalmente orientata, diretta a negare che, dalla legge 40/2004, davvero emergesse un divieto di diagnosi e selezione preimpianto.

Interpretazione parallelamente ed efficacemente sviluppata da giudici di merito (per lo più aditi ex art.700 c.p.c.)[10] e nel tempo corroborata prima da un intervento del TAR[11] che dichiarava illegittime le "linee guida" ministeriali del 2004 nel passaggio in cui ammettevano solo accertamenti "osservazionali" (non "genetici") sull'embrione (fonte comunque disapplicabile, e non riprodotta nelle linee guida del 2008); poi, ancor più, dalla nota sentenza 1° aprile

[5] Per un'analisi della decisione si rinvia a Malfatti, *La Corte di Strasburgo tra coerenze e incoerenze della disciplina in materia di procreazione assistita e interruzione volontaria della gravidanza: quando i "giochi di parole" divengono decisivi*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 3/2012, 18 settembre 2012; Nardocci, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza. Riflessioni a margine di Costa e Pavan c. Italia, ibidem*, n. 1/2013, 22 marzo 2013. Il pure invocato contrasto con l'art. 14 CEDU (principio di non discriminazione) veniva considerato inconfigurabile con motivazione probabilmente sommaria (v.infra, nt. 24). Nondimeno, i contenuti dell'art. 8 CEDU vengono declinati secondo un criterio di "proporzionalità/ragionevolezza" che tiene conto di profili di disparità di trattamento tra fattispecie analoghe, quindi con cadenze similari a quelle caratterizzanti un'argomentazione incentrata sull'art.14 CEDU.

[6] È per chi scrive abbastanza stupefacente lo…stupore di chi ritiene paradossale un simile ragionamento, perché a prenderlo sul serio «una identica normativa vigente in due Stati membri del Consiglio d'Europa potrebbe essere considerata, in un caso, rispettosa di un articolo della CEDU e, nell'altro, con il medesimo articolo contrastante, a seconda delle altre norme vigenti nell'ordinamento dei due Paesi» (Vari, *Considerazioni critiche a proposito della sentenza Costa et Pavan della II sezione della Corte EDU*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 1/2013, 1° marzo 2013, 7). Parametri di ragionevolezza, proporzione e non discriminazione, centrali anche nel sistema CEDU, per loro stessa natura non forniscono univoche e unitarie indicazioni di dettaglio circa la disciplina di singole materie, bensì sollecitano la strutturazione di un sistema statale coerente al suo interno, quali ne siano i contenuti (ovviamente variabili da ordinamento a ordinamento).

[7] Corte cost., sentt. n. 26 del 10 febbraio 1981 (con riferimento al solo art.6 l. 194/78) e n. 35 del 10 febbraio 1997 (con riferimento, nella sostanza, all'intera legge), entrambe reperibili in www.giurcost.org/decisioni.

[8] Tra i tanti, nella dottrina penalistica: Canestrari, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, 417; Risicato, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 679 ss.; M. Romano, *Principio di laicità dello stato, religioni, norme penali*, in *Riv. it. dir. proc .pen.*, 2007, 510 ss. Ritiene sostanzialmente irragionevole l'intera disciplina della procreazione assistita: Fiandaca, *Scelte di tutela in materia di fecondazione assistita e democrazia laica*, in *Leg. pen.*, 2005, 344. Nel senso, invece, della ragionevolezza tanto del divieto in sé, quanto della differenziazione di disciplina rispetto alla l.194/78, ad es. Mantovani, *Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico* ed Eusebi, *La vita individuale precoce: soltanto materiale biologico?*, entrambi *ibidem*, rispettivamente 333 e 364 s. Cfr. altresì Eusebi, *Laicità e dignità umana nel diritto penale (pena, elementi del reato, biogiuridica)*, in A.A.V.V., *Scritti per Federico Stella*, I, Napoli, 2007, 204.

[9] Nella diversità degli accenti: Santosuosso, *La procreazione medicalmente assistita*, Milano, 2004, 98 ss.; Palmerini, *La legge sulla procreazione assistita al primo vaglio giurisprudenziale*, in *Familia*, 2004, 975 ss.; Villani, *La procreazione assistita*, Torino, 2004, 199 ss.; Vallini, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Leggi penali complementari*, a cura di Padovani, Milano, 2007, 657 ss.

[10] Trib. Cagliari, 22 settembre 2007, in *Guida dir.*, 2007, n. 46, 59; Trib. Firenze, 17 dicembre 2007, in *Foro it.*, 2008, 2, col.627. Cfr. D'Amico, *Il divieto di diagnosi "preimpianto" tra Corte costituzionale e giudici comuni:sul problema della sentenza di Cagliari*, in *Bioetica*, 2007, 147 ss. Successivamente, traendo spunto dalla sentenza n.151 del 2009 della Corte costituzionale, v. ad es. Trib. Bologna, 29 giugno 2009, in www.altalex.com; Trib. Salerno, 9- 13 gennaio 2010, in *Fam. e dir.*, 2010, 476, note Segni, *Procreazione assistita per i portatori di malattie trasmissibili – un nuovo problema* e La Rosa, *Diagnosi preimpianto anche per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche*. Più recentemente, argomentando anche dalla sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di Strasburgo "Costa e Pavan contro Italia" del 28 agosto 2012: Trib. Cagliari, ord. 9 novembre 2012, in *Corr. mer.*, 2013, 429, nota Vallini, *La diagnosi preimpianto è un diritto*.

[11] Sent. 21 gennaio 2008, n. 398.

– 8 maggio 2009, n. 151, della Corte costituzionale, che dichiarava illegittimo l'art.14, co 2, l. 40/2004, nella parte in cui imponeva di produrre un numero di embrioni non superiore a quanto necessario «ad un unico e contemporaneo impianto», e comunque «non superiore a tre» (quando invece le pratiche di diagnosi e selezione preimpianto implicano la fecondazione di un numero significativo di ovuli, dovendosi mettere in conto che una percentuale elevata degli embrioni non risulti adatta all'impianto).

Duplice e costante il fulcro di queste interpretazioni costituzionalmente orientate, nonostante la variabilità degli accenti[12]. Da un lato, l'art 14, co.5, l. 40/2004 riconosce espressamente un diritto dei richiedenti ad essere informati sullo stato di salute dell'embrione. Dall'altro lato, nessuna norma contiene un espresso divieto di diagnosi e selezione preimpianto, men che mai penalmente sanzionato.

In particolare, quel divieto non può trarsi dall'art.13 l. 40/2004., che i giudici (civili) pronunziatisi sul punto hanno ritenuto genericamente inconferente[13]. Da una visuale prettamente penalistica, si può più precisamente osservare che quel divieto è inapplicabile in quanto riferito, nel suo nucleo essenziale, a condotte di sperimentazione scientifica sull'embrione, che niente c'entrano con pratiche ampiamente comprovate (dunque non "sperimentali")[14], e rivolte a finalità medico-diagnostiche (dunque non intese a comprovare ipotesi scientifiche), quali appunto le tecniche di diagnosi preimpianto (ancor meno può ritenersi "sperimentazione" la selezione degli embrioni sani e il mancato trasferimento dei residui). Una volta negato che la fattispecie base delineata dall'art.13, 1° comma, sia riferibile al caso che interessa, ne consegue ipso facto l'impossibilità di applicare tutti gli altri precetti di quell'art.13 (anche quando, all'apparenza – e solo all'apparenza – meglio corrispondenti alla fattispecie concreta).

Non la clausola del secondo comma, intesa a consentire la "ricerca clinica o sperimentale" sull'embrione all'unico fine di salvaguardarne la salute, che acquista un senso sistematico solo se letta come "eccezione" al divieto di cui al primo comma, non certo come norma ove si codifica un divieto "implicito", ulteriore e più ampio di quello di cui al primo comma. Non le ipotesi del terzo comma, ove si delineano circostanze aggravanti che, come tali, non possono intervenire laddove non sia applicabile la fattispecie di reato cui accedono e di cui, giocoforza, costituiscono specificazione. Il divieto di selezione preimpianto neppure può trarsi dall'ambigua lex imperfecta dell'art 6, co.3, ultima parte («La volontà può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati dal presente comma [i richiedenti] fino al momento della fecondazione dell'ovulo»), che – al di là di quali fossero le intenzioni dei redattori della legge – è del tutto inidonea a conculcare il diritto fondamentale della donna a rifiutare l'impianto di embrioni "sgraditi", alla pari di qualsiasi altro trattamento sanitario (ex art.32, 2° co., Cost.).

Quanto alle sorti degli embrioni non selezionati per l'impianto, ove il medico decidesse di crioconservarli troverebbe un viatico in una consolidata interpretazione patrocinata dalla sentenza n.151/2009 della Corte costituzionale, stando alla quale quella pratica è lecita – nonostante il divieto di cui all'art.14, co.1, l. 40/2004 – in quanto priva di più valide alternative, ogni qual volta abbia ad oggetto embrioni soprannumerari rispetto a quelli utilizzabili per un unico impianto (e la possibilità di produrre embrioni in eccesso, se consigliato dalla scienza

[12] Quanto andiamo a scrivere è stato ben più ampiamente tematizzato, di recente, in Vallini, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principî, prassi*, Torino, 2012, 287 ss.; contributo al quale rimandiamo anche per una ricostruzione più affidabile dei percorsi dell'"interpretazione costituzionalmente orientata", che richiede molte distinzioni e precisazioni e impone richiami dettagliati ad ampia dottrina e giurisprudenza.

[13] Anche di recente, peraltro, si propongono (un po' sbrigative) sussunzioni del caso che qui interessa all'art.13 l. 40/2004. V. ad es. Vari, *op.cit.*, 2.

[14] Ad una ormai "ampia sperimentazione" di quella pratica allude anche il "documento di base sulla diagnosi preimpianto e prenatale pubblicato dal Comitato direttivo per la bioetica (CDBI) del Consiglio d'Europa il 22 novembre 2010", citato nella decisione della Corte EDU sul caso Costa e Pavan.

medica, è stata appunto sancita dalla stessa sentenza n. 151/2009)[15]. Se, invece, il sanitario decidesse di lasciar estinguere l'embrione malato e non impiantato, nessuno a nostro modesto avviso potrebbe contestargli il reato di embrionicidio "mediante omissione" – di cui all'art.14, co.1, l. 40/2004, nel combinato disposto con l'art.40, cpv., c.p. – non essendo evincibile da alcuna norma un "obbligo di impedimento della morte dell'embrione" gravante sul medico o su chiunque altro[16].

Quel che invece l'interpretazione costituzionalmente orientata non può eludere è il limite all'accesso, di cui all'art. 4, co.1, l. 40/2004 (a dispetto di un singolare intervento del Tribunale di Salerno, che fingendo d'operare in via meramente interpretativa ha, in realtà, disapplicato tout court la norma di legge)[17]. Disposizione chiarissima, restia ad adattamenti ermeneutici, che ammette alle pratiche di procreazione assistita soltanto coppie affette da problemi di sterilità o fertilità. Non tutte le coppie portatrici di anomalie genetiche, la cui trasmissione potrebbe essere prevenuta grazie alla diagnosi preimpianto, sono però sterili o infertili[18].

Si tratta di un ostacolo al più ridimensionabile, potendosi estendere la nozione di "infertilità" a tutti i casi in cui la coppia, pur riuscendo a concepire, ha difficoltà rilevanti ad avere «figli vivi e vitali a causa di aborti ripetuti, di problemi genetici o malattie infettive»[19]. È bene altresì ricordare che le linee guida del 2008 – con disposizione di dubbia legittimità, nella misura in cui deroga ad una univoca disposizione di legge – consentono l'accesso alla PMA nel caso in cui l'uomo, essendo portatore di malattie virali sessualmente trasmissibili, non potrebbe aver figli senza al contempo mettere gravemente a rischio la salute del partner. Il divieto, infine – per usare un po' di cinico realismo – è agevolmente aggirabile nei fatti, dato che la legge 40/2004 attribuisce rilievo anche alla c.d. sterilità "idiopatica", cioè non dipendente da causa accertabile, bensì evidenziata da un dato numero di rapporti sessuali non protetti e privi di esito, che solo gli stessi richiedenti possono "autocertificare", con una dichiarazione la cui attendibilità non è obiettivamente falsificabile[20].

In quel limite, tuttavia, si imbattono coppie o poco propense a ricorrere ad escamotages , o, comunque, la cui fertilità sia testimoniata "al di là d'ogni ragionevole dubbio" da numerose, e recenti, gravidanze portate a termine (magari per far nascere bambini destinati di lì a poco a morire).

[15] Avallano questa interpretazione, ad es., Dolcini, *Embrioni nel numero "strettamente necessario": il bisturi della Corte costituzionale sulla legge n.40 del 2004*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2009, 960 s.; Eusebi, *Problemi aperti circa le condotte incidenti sulla vita umana*, in *Riv. it. med. leg*., 2012, 860 ss.. Pur apprezzandone la ragionevolezza, manifestiamo qualche perplessità in Vallini, *Illecito concepimento*, cit., 243 ss., ritenendo meritevole di considerazione (anche se non accoglibile né nell'ispirazione, né negli esiti) la ben diversa lettura di D'Agostino, *Sentenza da interpretare nel rispetto dei principi bioetici*, in www.avvenire.it, 3 aprile 2009, stando al quale il divieto categorico dell'art.14, 1° co., l. 40/2004 funge ancora da limite alla praticabilità di tecniche di PMA con sovrapproduzione embrionaria. La Consulta, dal canto suo, tanto è convinta che l'ostacolo si possa e si debba aggirare in via interpretativa, che non solo non ha coinvolto i divieto di crioconservazione nella pronuncia di incostituzionalità, ritenendo superfluo un intervento in tal senso, ma ha dichiarato inammissibili ulteriori questioni di costituzionalità ad esso specificamente dedicate: cfr. Corte cost., ordinanza n. 97 del 17 marzo 2010. Nonostante autorevoli voci in senso contrario (Busnelli, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ*., 2004, I, 564, e poi Manetti, *La sentenza sulla PMA, o del legislatore che volle farsi medico*, in www.costituzionalismo.it, 28 maggio 2009), riteniamo non s'addica a gran parte dei casi di diagnosi e selezione preimpianto la clausola eccezionale di liceità della crioconservazione di cui al comma 3 dell'art.14, che opera quando il trasferimento «non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna». Anche dopo la modifica introdotta con la sentenza n.151/2009 della Corte costituzionale (in virtù delle quali detto trasferimento può successivamente essere effettuato solo se ciò non comporti un pregiudizio per la salute della donna), la disposizione continua a valorizzare un ostacolo al trasferimento inizialmente *imprevedibile*: tale non è quello già messo in conto da coppie portatrici di malattie ereditarie che chiedono l'accesso alla PMA allo specifico scopo di una selezione preimpianto.

[16] Ribadiamo questa lettura in Vallini, *La diagnosi preimpianto*, cit., 435 s, doverosamente confrontandoci con le importanti obiezioni di chi, invece, ritiene che il medico abbia un obbligo di garanzia rispetto all'embrione non impiantato, con tutto quel che ne consegue: Eusebi, *Problemi aperti*, cit., 862.

[17] Tribunale Salerno, 9-13 gennaio 2010, cit. Critici D'Amico, *La decisione n. 151 del 2009 della Corte costituzionale fra aspetti di principio e ricadute pratiche*, in *Nascere e morire: quando decido io? Italia ed Europa a confronto*, a cura di Baldini e Soldano, Firenze, 2011, 138; Dolcini, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici,* in *Il governo del corpo, cit., 2,* 1576; Ferrando, *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita,* in *Fam. dir.*, 2011, 519.

[18] Sul punto di recente Dolcini, *Legge sulla procreazione assistita e laicità dello Stato: da sempre, un rapporto difficile*, in *Dir. pen. cont.*, 27 novembre 2013, pp. 8 ss.

[19] Flamigni-Mori, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita. Paradigmi a confronto,* Milano, 2005, 60

[20] Così già Flamigni-Mori, *op.cit*., 54.

3. Le aporie dell'interpretazione adeguatrice e la pronuncia della Corte EDU.

Tanto premesso, il bilancio che possiamo compiere riguardo all'interpretazione adeguatrice non è, a ben vedere, del tutto soddisfacente. Essa, per vero, escludendo che dall'art.13 possa trarsi un qualsivoglia divieto di PGD, ed affermando altresì sancito nell'art 14, co. 5, un diritto generale dei richiedenti ad accertamenti diagnostici sull'embrione in vitro, porta a negare che nei confronti di chiunque valga quel supposto divieto, mentre afferma che chiunque, purché abbia accesso alla procreazione assistita, gode di quel diritto, così come del diritto a rifiutare l'impianto di uno o più embrioni. Si tratta, dunque, di una lettura che pecca sia per eccesso, sia per difetto, rispetto allo scopo, idealmente perseguito, di un pieno coordinamento con la legge 194/78.

Per eccesso, in quanto riconosce il diritto alla diagnosi e selezione preimpianto anche a categorie di soggetti che non avrebbero possibilità di ricorrere alla interruzione volontaria di gravidanza ex art.4 l.194/78, perché non animati dall'esigenza di prevenire malattie nel concepito e, con ciò, un pregiudizio potenziale per la salute psico-fisica della madre (fermi restando, peraltro, taluni divieti di rilevanza deontologica, che privano il medico della facoltà di corrispondere a qualsivoglia desiderio della coppia)[21].

Per difetto, perché in via meramente interpretativa non si riesce ad estendere quel diritto a coppie portatrici di malattie trasmissibili e però capaci di avere figli per vie naturali; alle quali, dunque, l'accesso alla PMA è inibito a priori dall'art.4 l. 40/2004, mentre è loro concessa, in linea di principio, l'opzione dell'interruzione di gravidanza, secondo le procedure stabilite dalla legge n.194/1978.

Peccati per eccesso e per difetto che – è bene dirlo – non rendono tale lettura costituzionalmente incompatibile. Essa continua ad apparire, nonostante tutto, quella costituzionalmente (più) adeguata. A prescindere dalla questione generale dell'inesistenza di obblighi costituzionali di incriminazione, ovviamente nel caso specifico non consta un dovere costituzionale di elevare a reato la diagnosi e selezione preimpianto, fosse pure soltanto in rapporto ad alcune applicazioni; né si può supporre che esigenze di uguaglianza impongano di tutelare penalmente, nella stessa misura, e con le stesse modalità, le aspettative di vita del feto in utero e dell'embrione in vitro (giacché dalla Costituzione non emergono indicazioni chiare sullo statuto giuridico di queste entità, e men che mai si ricava l'attestazione di una loro pari dignità)[22]. Di talché, non è costituzionalmente incompatibile l'estensione degli spazi di praticabilità di diagnosi e selezione preimpianto a situazioni non contemplate dalla l.194/78. Per altro verso, sebbene la lettura qui patrocinata non riesca ad allargare a tutti coloro che ne avrebbero diritto, ma soltanto ad alcuni, la facoltà di accedere a diagnosi e selezione preimpianto, l'esito ermeneutico è comunque migliore di un generalizzato divieto penale avente ad oggetto quelle pratiche, atto a negare a chiunque quel diritto (oltretutto con lo strumento della minaccia penale).

Piuttosto, la solo parziale efficacia adeguatrice della accennata esegesi della legge 40/2004 rende particolarmente impellente un superamento, per altre vie, di quella residua limitazione all'accesso, la cui correzione rimane al di fuori della portata dell'interprete.

È in questo scenario che interviene la Corte EDU con la decisione sul caso "Costa e Pavan". Nel sancire l'incompatibilità con la Convenzione del più volte richiamato vizio di ragionevolezza/sproporzione, viene offerto ulteriore conforto all'interpretazione costituzionalmente orientata (di cui la giurisprudenza immediatamente ha approfittato)[23], pur trattandosi di un orientamento di "diritto vivente" in realtà non considerato dai giudici di Strasburgo[24]. Quella interpretazione, infatti, può adesso vantare uno statuto di adeguatezza all'art. 8 CEDU come interpretato dalla Corte EDU, dunque all'art. 117 Cost., secondo il modello elaborato nella

[21] Approfondiamo questo aspetto in Vallini, *Illecito concepimento*, cit., 307 ss.

[22] Anche in tema di "statuto giuridico dell'embrione" siamo indotti a rinviare a Vallini, *Illecito concepimento*, cit., 173 ss., e agli autori *ivi* richiamati.

[23] V. Tribunale di Cagliari, 9 novembre 2012, cit.

[24] Tanto che, nella decisione "Costa e Pavan", si rigetta superficialmente la doglianza dei ricorrenti ex art.14 CEDU, fondata sulla disparità di trattamento tra coppie che possono e non possono accedere alla PGD, erroneamente asserendo che nella legge 40/2004 sarebbe contenuto un divieto di PGD rivolto genericamente a tutte le coppie (così tralasciando di considerare l'interpretazione "costituzionalmente adeguata" fortemente consolidata nella prassi). V. al riguardo, criticamente, Nardocci, *op.cit.*, 8 ss.

giurisprudenza della Corte costituzionale a partire dalle sentenze n.348 e 349 del 22 ottobre 2007[25] (v.infra). Sotto altro profilo, la censura contenuta nella sentenza europea si allarga necessariamente a comprendere quello specifico impedimento all'accesso rivolto a coppie fertili, non superabile in via interpretativa. Così offrendo un autorevole spunto al giudice romano per la successiva disapplicazione dell'art.4 l. 40/2004 nei confronti degli stessi Costa e Pavan.

Un esito, ribadiamo, apprezzabile nelle sue implicazioni sostanziali e contingenti, perché è difficile dubitare che, in quella vicenda specifica (e sulla vicenda specifica si concentra, per vocazione istituzionale, l'attenzione sia della Corte EDU, sia del Tribunale di Roma), si materializzasse marcatamente il denunciato vizio di irragionevolezza, versando gli interessati in una condizione, e provenendo da un'esperienza, che al di là d'ogni ragionevole dubbio li avrebbe legittimati a ricorrere (di nuovo) all'aborto in caso di trasmissione dell'anomalia genetica al feto (con conseguente, immaginabile turbamento psichico di una madre già gravemente provata)[26].

Se, tuttavia, proviamo a spostare l'attenzione dalla destinazione all'itinerario attraverso il quale a quella destinazione si è pervenuti, la questione si complica più di un po'.

4. Dal ricorso *omisso medio* alla CEDU alla disapplicazione del giudice italiano.

I coniugi Costa e Pavan hanno scelto, dunque, di ricorrere in prima istanza e direttamente alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, principalmente allo scopo di superare uno specifico ostacolo normativo refrattario a correzioni ermeneutiche, frapposto alla loro legittima aspirazione di ricorrere a tecniche di procreazione assistita e, quindi, alla diagnosi preimpianto. Una discreta scommessa: la Corte, ex art.35, co.1, CEDU, avrebbe potuto rispedire al mittente le doglianze, evidenziando come i ricorrenti, lungi dall'aver esaurito percorsi giurisdizionali interni – ivi compresi quelli orientati in direzione del Palazzo della Consulta[27] – neppure avessero provato ad adire un giudice italiano; così come avrebbe potuto intendere le già citate decisioni del Tribunale di Salerno quale indizio di una possibile "giustiziabilità" nell'ordinamento nazionale della lamentata lesione di diritti fondamentali. Sennonché, la Camera della Corte EDU – riconosciuta la natura occasionale, contingente e provvisoria del provvedimento campano, dunque la sua inattitudine a fungere da precedente significativo – ritiene la norma di legge così univoca da rendere obiettivamente impraticabili tutele domestiche. Su tali presupposti si ritiene legittimata ad entrare nel merito, accogliendo il ricorso, nei termini e con le motivazioni cui già si è accennato[28].

Appunto, lo riconosce la Corte EDU, e merita ribadirlo: l'art.4, co.1, l. 40/2004 è disposizione dal tenore letterale ben poco sfumato, che dunque non si presta ad un adattamento in via interpretativa. E se non si presta ad un adattamento a Costituzione ex ante – rendendo perciò inimmaginabile, per i giudici di Strasburgo, una tutela giurisdizionale interna – non si vede come essa possa cedere, ex post, ad una interpretazione "convenzionalmente conforme" da parte del giudice ordinario. Se così è, cauta e realistica aspirazione dei ricorrenti poteva essere non già di bypassare tout court la Corte costituzionale, bensì, al più, di giungervi successivamente

[25] In www.giurcost.org/decisioni, con numerosi richiami a commenti dottrinali *on line*.

[26] Si veda come la Corte CEDU, nei §§65 e 66 della decisione "Costa e Pavan c. Italia", valorizza questi aspetti peculiari della vicenda personale specifica: «per tutelare il loro diritto a mettere al mondo un figlio non affetto dalla malattia di cui sono portatori sani, l'unica possibilità offerta ai ricorrenti è iniziare una gravidanza secondo natura e procedere a interruzioni mediche della gravidanza qualora l'esame prenatale dovesse rivelare che il feto è malato. Nello specifico, i ricorrenti hanno già proceduto una volta all'interruzione medica di gravidanza per tale motivo, nel mese di febbraio del 2010. Pertanto, la Corte non può non tenere conto, da un lato, dello stato di angoscia della ricorrente, la quale, nell'impossibilità di procedere ad una diagnosi preimpianto, avrebbe come unica prospettiva di maternità quella legata alla possibilità che il figlio sia affetto dalla malattia in questione, e, dall'altro, della sofferenza derivante dalla scelta dolorosa di procedere, all'occorrenza, ad un aborto terapeutico».

[27] Già in alcuni precedenti, però, l'accesso alla Corte costituzionale italiana era stato ritenuto non assimilabile ad un ricorso interno, stante appunto l'impossibilità per il cittadino italiano di adire direttamente e personalmente il giudice delle leggi: v. ad es. Brozicek c. Italia, 19 dicembre 1989, § 34; Cofferati c. Italia, 24 febbraio 2009, § 48.

[28] Sul punto, inoltre, asserisce la Corte EDU (Costa e Pavan, cit., §37) «che, in mancanza di uno specifico rimedio interno, spetta al Governo dimostrare, appoggiandosi sulla giurisprudenza interna, lo sviluppo, la disponibilità, la portata e l'applicazione della via di ricorso da esso invocata (si vedano, *mutatis mutandis*, Melnītis c. Lettonia, n. 30779/05, § 50, 28 febbraio 2012 e McFarlane c. Irlanda [GC], n. 31333/06, §§ 115-127, 10 settembre 2010). Inoltre, il Governo non può invocare l'esistenza di un mezzo d'impugnazione interno in assenza di una giurisprudenza interna che dimostri l'effettività di quest'ultimo nella pratica e nel diritto, tanto meno quando tale giurisprudenza promani da un organo giudiziario di primo grado (Lutz c. Francia (n. 1) (n. 48215/99, § 20, 26 marzo 2002)».

dopo aver precostituito le condizioni per rendere l'esito del giudizio di costituzionalità, (anche) ex art.117 Cost., tendenzialmente vincolato[29].

Per vero – è cosa nota – la Corte EDU non è istituzione dello stesso ordinamento giuridico in cui si confrontano il legislatore ed i giudici interni. Essa non dichiara "l'illegittimità" della norma e (ovviamente) non la espunge dall'ordinamento interno, semmai fa sorgere per lo Stato un obbligo di successiva eliminazione di quella disposizione se ritenuta in contrasto con la Convenzione EDU[30]. Obbligo della cui esecuzione si fa garante la Corte costituzionale, la quale, a partire dalle citate sentenze "gemelle" del 2007, ha ripetutamente precisato come al giudice ordinario non sia consentito disapplicare la disposizione censurata, ma solo interpretarla in termini "convenzionalmente adeguati", sinché possibile. Altrimenti, quel giudice dovrà investire la Corte costituzionale della questione di legittimità per contrasto con l'art.117 Cost., rispetto al quale le norme della Convenzione, per come interpretate dalla Corte EDU[31], acquistano il ruolo di norma interposta (sicché, quando la lettura dei giudici di Strasburgo è particolarmente precisa e puntuale, si riferisce al caso specifico o ad altro assolutamente corrispondente, e non è in contraddizione con direttive costituzionali interne, la Corte costituzionale tendenzialmente si auto-vincola ad inverare il dictum sovranazionale)[32]. A voler ricorrere a un armamentario concettuale più usuale per il penalista, potremmo quasi affermare che, nell'impostazione della Corte costituzionale, le norme promananti dal sistema giuridico imbastito sulla Convenzione EDU, e implementato dalla giurisprudenza europea, s'atteggiano alla stregua di regole integratrici dell'elemento normativo contenuto nell'art.117 Cost. (il concetto di "obbligo internazionale"). Quell'elemento, dunque, adegua l'estensione della disposizione al mutare di quelle norme integratrici; però rimane l'art.117 Cost., non la norma richiamata, il precetto col quale si confronta la disposizione di legge ordinaria nell'ordinamento interno. Sicché, in conclusione, tutto si riduce a un comune contrasto tra norma di legge e norma costituzionale, la cui composizione è giocoforza di competenza esclusiva della

[29] Difficilmente, d'altronde, la Corte costituzionale avrebbe potuto ritenere la norma desumibile dalle fonti CEDU "incompatibile" coi, o "dissonante" dai, principi fondamentali della nostra Costituzione, posto che l'argomentazione della Corte EDU postula una libertà ad avere figli, e un principio (sostanzialmente) di ragionevolezza, che assumono pieno valore anche alla luce della nostra Carta fondamentale e della giurisprudenza del nostro Giudice delle Leggi (cfr. artt.2, 29, 30, 31 Cost.). L'art.32 Cost. offre, addirittura, un argomento in più (il diritto alla salute non trova invece specifica tutela nel sistema CEDU: Bestagno, *Art. 2*, in Bartole-De Sena- Zagrebelski, *Commentario breve alla Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*, Padova, 2012, 47). Pur evidenziando la criticità di questa soluzione, vaticinava una applicazione "diretta" del *dictum* della Corte europea nel caso "Costa e Pavan" da parte dei giudici domestici: Nardocci, *op.cit.*, 12 s.

[30] «La sentenza della Corte esplica la sua efficacia obbligatoria nell'ambito dell'ordinamento internazionale. Essa, dunque, è vincolante per lo stato, in quanto soggetto di quest'ordinamento. Per forza propria, la sentenza non ha efficacia vincolante negli ordinamenti statali: non pone, cioè, obblighi di diritto interno. Ciò non vuol dire […] che l'obbligo contenuto nell'art.46 par.1 non raggiunga gli organi dello stato responsabile, in quanto facenti parte dello stato-soggetto dell'ordinamento internazionale»: Pirrone, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Milano, 2004, 80 ss. (corsivi nostri).

[31] Riguardo al controverso "monopolio interpretativo" delle norme CEDU riconosciuto dalla Corte costituzionale alla Corte EDU (e circa l'"autorità di cosa interpretata" attribuibile alle sentenze definitive della Corte di Strasburgo), particolarmente stimolanti le riflessioni di Lamarque, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, in www.cortecostituzionale.it, spec. 34 ss., 50 ss.. L'aspetto problematico è costituto dalla sostanziale introduzione nel nostro ordinamento, per questa via, di una "giurisprudenza-fonte" (sul punto cfr. Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, 101 s.). Preoccupazioni, rispetto allo specifico settore del processo penale, vengono manifestate da Ferrua, *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il preteso monopolio della Corte di Strasburgo*, in *Processo penale e giustizia*, 2011, 121 ss.; Gaeta, *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U.: ovvero, la ricombinazione genica del processo penale*, in *Dir. pen. cont.*, 9 luglio 2012, pp. 13 ss.. Più "rassicuranti" le considerazioni di Manes, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali,* Roma, 2012, 151 ss.; Viganò, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali,* in *Studi in onore di Mario Pisani,* II, a cura di Corso e Zanetti, Roma, 2010, 636 ss.. Dal punto di vista "internazionalistico"v. Pirrone, *L'obbligo di conformarsi*, 87 ss.; dalla visuale del magistrato, cfr. infine Conti, *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, 2011, 202 ss.

[32] V. altresì, da es., le più recenti sentenze della Corte costituzionale n.39 del 27 febbraio 2009, n. 311 del 26 novembre 2009, n.317 del 4 dicembre 2009, n.80 del 11 marzo 2011, tutte reperibili in www.giurcost.org, con rimandi a dottrina *on line*.

Corte costituzionale[33].

Sennonché, il Tribunale di Roma sembra discostarsi dalle autorevoli indicazioni della Consulta (pur asserendo di volerle, in realtà, attuare), procedendo dichiaratamente a disapplicare l'art.4 della legge 40/2004, senza neppure tentare di presentare la propria soluzione sub specie di interpretazione convenzionalmente conforme, magari facendo appello alla dottrina più audace al riguardo[34]; o valorizzando profili del caso concreto che avrebbero, forse, reso sufficiente allo scopo l'interpretazione estensiva del concetto di infertilità, di cui già si è detto supra.

5. Disvelati scenari impliciti nella più recente giurisprudenza costituzionale?

Ricorda il Tribunale di Roma che le sentenze della Corte EDU, quando colgono in una specifica norma, generale e astratta, il motivo di inadeguatezza dell'ordinamento interno rispetto alla Convenzione, impongono in ogni caso allo Stato interessato il superamento di quella norma, anche quando condannano soltanto ad un risarcimento, come appunto nella decisione "Costa e Pavan". In tal senso depongono, effettivamente, accreditate istanze di diritto interno e internazionale[35].

Il Tribunale intende quell'obbligo come condiviso da tutti gli organi dello Stato, ivi compresi i giudici, e in specie i giudici che trattano dello stesso caso deciso a Strasburgo, che dunque avrebbero il potere/dovere di disapplicare la disposizione che ostacola la concreta soddisfazione del diritto vantato dal ricorrente e riconosciuto valido dalla Corte EDU.

L'argomento della partecipazione dei giudici all'adempimento del dovere di attuazione delle decisioni della Corte di Strasburgo ex art.46 CEDU è ricorrente e, in linea di principio, condivisibile. Tuttavia, il doveroso contributo in tal senso di ciascun organo dello Stato-apparato deve esaurirsi entro i confini internamente predefiniti delle rispettive e reciproche attribuzioni; nessuna regola o principio consente a quell'obbligazione internazionale di "scardinare"

[33] Corte cost., sent. n. 348/2007, non descrive, forse, un fenomeno del tutto rapportabile ai nessi (dinamici) tra elemento normativo della fattispecie incriminatrice e norma diversa da quella penale che ne determina l'estensione, quando scrive, ad esempio: «la struttura della norma costituzionale, rispetto alla quale è stata sollevata la presente questione, si presenta simile a quella di altre norme costituzionali, che sviluppano la loro concreta operatività solo se poste in stretto collegamento con altre norme, di rango sub-costituzionale, destinate a dare contenuti ad un parametro che si limita ad enunciare in via generale una qualità che le leggi in esso richiamate devono possedere […]»? E ancora: «si deve riconoscere che il parametro costituito dall'art. 117, primo comma, Cost. diventa concretamente operativo solo se vengono determinati quali siano gli "obblighi internazionali" che vincolano la potestà legislativa […]. Nel caso specifico […] il parametro viene integrato e reso operativo dalle norme della CEDU, la cui funzione è quindi di concretizzare nella fattispecie la consistenza degli obblighi internazionali dello Stato». Di "rinvio mobile" alla norma interposta parla la sent. 349/2007 della Corte costituzionale. L'asserita impossibilità di far operare quale parametro interposto la norma CEDU incompatibile con altre disposizioni costituzionali, non ci pare definisca (più di tanto) un profilo così peculiare da rendere improprio il paragone con struttura e funzione dell'elemento "normativo". Semplicemente, una norma in contrasto con la Costituzione non vincola gli organi di uno Stato che sulla Costituzione si struttura, quindi non rientra nel novero di quelle cui fa rinvio il concetto di "obbligo" nel contesto dell'art.117 Cost.

[34] Viganò, *Il giudice penale*, cit., 657, che intende alla stregua di una plausibile "interpretazione conforme *praeter legem*" la "restrizione" in via ermeneutica della «portata di una disposizione legislativa, attraverso in particolare l'introduzione di una eccezione non espressamente prevista alla sua portata applicativa. Questo procedimento ermeneutico – definito "riduzione teleologica" dalla teoria generale del diritto di matrice germanica – costituisce a ben guardare il rovescio del procedimento analogico, muovendo dalla constatazione di una lacuna legislativa consistente per l'appunto nella omessa previsione di un'eccezione al raggio applicativo di una norma, in omaggio alla *ratio* stessa della norma o, ancora una volta, ai principi generali dell'ordinamento». Orbene: la circostanza di essere affetti da anomalie genetiche trasmissibili - di versare, perciò, in una situazione che potrebbe altrimenti legittimare l'interruzione volontaria di gravidanza – potrebbe, in quest'ottica, considerarsi "eccezione non espressamente prevista" al divieto di accesso alla pma rivolto a coppie fertili? Propendiamo per una risposta comunque negativa, perché dalla indiscutibile necessità di un coordinamento tra l. 40/2004 e legge 194/78 non discende, tuttavia, una norma "mancante ma necessaria" tanto univoca da poter operare nei termini di una circoscritta e ben definita "eccezione" alla "regola". Sul punto più ampiamente *infra*, nel testo.

[35] In dottrina v., tra gli altri, Pirrone, sub *art.46*, in Bartole-De Sena-Zagrebelski, *Commentario breve*, cit., 748 ss.; *amplius* (ma non aggiornato a successivi sviluppi) Id., *L'obbligo di conformarsi*, cit., spec. 216 ss., 249 ss.; Tega, *L'ordinamento costituzionale italiano e il "sistema" CEDU: accordi e disaccordi*, in *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di Manes e Zagrebelsky, Milano, 2011, 226 ss.

simili equilibri[36]. Orbene: siamo certi che, in Italia, tra le prerogative di un Tribunale vi sia quella di disapplicare norme di legge? Oppure ciò può accadere solo se funzionale all'implementazione di un sistema – come quello dell'Unione Europea – che comporta una limitazione ab externo della sovranità nazionale ed è dunque idoneo a ridisegnare i confini di quelle prerogative istituzionali?[37] Fa differenza, al proposito, la circostanza che il giudice sia chiamato a decidere esattamente del medesimo caso motivo di condanna a Strasburgo, ovvero di altre fattispecie in varia guisa "analoghe"?

Il Tribunale di Roma non vuole però atteggiarsi a pioniere né essere tacciato di audacia. I suoi sforzi son tutti volti a dimostrare la corrispondenza sostanziale tra la soluzione adottata e l'impostazione della Corte costituzionale. Una conclusione controintuitiva, che pretende una certa abilità sofistica. In questa prospettiva il Tribunale offre un duplice (almeno) ordine di argomentazioni.

In alcuni passaggi prova ad accreditare l'idea che la Corte costituzionale, già nelle "sentenze gemelle" del 2007, avrebbe inteso limitare il proprio potere esclusivo di sindacato «alle sole questioni che pur in presenza di una regola CEDU autoapplicativa, evidenzino un possibile contrasto tra quest'ultima e i principi supremi dell'ordinamento costituzionale», di talché, quando «la regola ricavabile dalla sentenza CEDU sia sufficientemente precisa ed incondizionata da sostituirsi, senza margini di ambiguità, a quella interna riconosciuta contraria alla Convenzione» (come nella decisione Costa e Pavan) ben potrebbe il giudice comune «dar seguito alle decisioni di condanna del giudice europeo …. senza necessità di sollevare l'ulteriore pregiudiziale di costituzionalità».

Una simile ricostruzione della giurisprudenza della Corte costituzionale appare tendenziosa, e poco perspicua.

Tendenziosa, giacché nelle "sentenze gemelle" e nelle altre successive, come attesta la più diffusa interpretazione, si fa riferimento sì ad una verifica di conformità della fonte europea con la Costituzione italiana (essendo la prima comunque "subordinata" alla seconda), non già però quale scopo essenziale o presupposto, bensì quale possibile (e per vero assai ipotetico) sviluppo di un giudizio di costituzionalità che deve essere comunque instaurato ogni qual volta la norma interna non possa essere adattata in via interpretativa a quella promanante dal sistema CEDU[38]. Il potere di applicazione diretto della norma CEDU da parte del giudice mediante disapplicazione della disposizione interna contrastante è, in effetti, a più riprese categoricamente escluso[39].

Una lettura, inoltre, poco perspicua, perché non si comprende bene se la ripartizione tra

[36] In tal senso, ad es., Pirrone, *L'obbligo*, cit., 234 ss.; Lamarque, *Il vincolo alle leggi statali*, cit., 50, ove *en passant* si qualifica come "ovvia" la «autorità di giudicato delle pronunce di condanna emesse dalla Corte di Strasburgo nei confronti del nostro paese, che implica l'obbligo di tutti gli organi pubblici nazionali, giudici e Corte costituzionale compresi, di dare esecuzione a quelle pronunce apprestando, *ciascuno nell'esercizio delle proprie competenze*, le necessarie misure individuali e generali per rimediare alla violazione e per prevenire il ripetersi di analoghe violazioni (art. 46 Cedu)» (corsivi nostri). Ruggeri, *Spunti di riflessione*, cit., valorizza invece il ruolo del giudice domestico chiamato ad "eseguire" la decisione definitiva della Corte europea, argomentano appunto suggestivamente *ex* art.46 CEDU, quale norma che contribuisce a "ridisegnare" le attribuzioni degli organi giurisdizionali nazionali.

[37] Sennonché, è noto, secondo la Corte costituzionale (v. ad es. sent. 348/2007), la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo «è configurabile come un trattato internazionale multilaterale […] da cui derivano "obblighi" per gli Stati contraenti, ma non l'incorporazione dell'ordinamento giuridico italiano in un sistema più vasto, dai cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti, *omisso medio*, per tutte le autorità interne degli Stati membri». Di recente, argomenta ampiamente a favore della tesi della "limitazione di sovranità", appunto al fine di enfatizzare il ruolo del giudice domestico nella implementazione del sistema CEDU, fino alla possibilità di disapplicazione: Conti, *La Convenzione Europea*, cit., spec.126 ss. Dubita dell'impostazione della Corte costituzionale (argomentando dai nessi tra ordinamento Ue e ordinamento CEDU, nonostante la chiara smentita di Corte cost. n.80/2011) Valentini, *Legalità penale convenzionale e obbligo d'interpretazione conforme alla luce del nuovo art. 6 TUE . Euroscetticismo, euroentusiasmi e tutela dei diritti fondamentali, oggi,* in questa *Rivista*, 2, 2012, 167 ss. In tema, altresì, Sotis, *Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e diritto comunitario,* in *La Convenzione europea*, a cura di Manes e Zagrebelsky, cit., 109 ss.

[38] Sulla struttura e le dinamiche, per vero non chiarissime, di questo doppio livello di rilevanza della norma CEDU – parametro del giudizio di costituzionalità della legge, ma oggetto a sua volta di un giudizio di compatibilità costituzionale – v., ad es., Penasa, *Tanto rumore per nulla o meglio tardi che mai? Ancora sulle sentenze 348 – 349/2007 della Corte costituzionale, tra dubbi ermeneutici e possibili applicazioni future*, in www.forumcostituzionale.it.

[39] V. in particolare quanto si legge nella sentenza della Corte cost n.348/2007: le fonti CEDU (per come interpretate dalla Corte EDU), «sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto». Ancora: «La Convenzione EDU […] non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti». Viepiù *tranchant*: « ogni argomentazione atta ad introdurre nella pratica, anche in modo indiretto, una sorta di "adattamento automatico", sul modello dell'art. 10, primo comma, Cost., si pone comunque in contrasto con il sistema delineato dalla Costituzione italiana […] e più volte ribadito da questa Corte, secondo cui l'effetto previsto nella citata norma costituzionale non riguarda le norme pattizie».

casi in cui il giudice potrebbe disapplicare, e casi invece di competenza esclusiva della Corte costituzionale, corrisponda alla distinzione tra indicazioni CEDU "autoapplicative" (cioè capaci di indicare in termini univoci la soluzione del caso concreto) ovvero bisognose di precisazioni e adattamento (perché ad es. di mero principio, o riferite a casi "soltanto" analoghi)[40], ovvero alla distinzione tra norme di fonte CEDU che suscitino o non suscitino dubbi di compatibilità con la nostra Carta fondamentale; o, ancora, in qualche modo risenta di entrambe[41]. Né è chiaro in che misura tale proposta dovrebbe valere per quei processi ove non si discuta del medesimo caso oggetto del giudizio della Corte EDU, bensì di situazioni corrispondenti, o analoghe (peraltro su questo profilo il giudice del ricorso "Costa e Pavan" non era, ovviamente, tenuto a pronunziarsi). Sta di fatto che, nel procedere oltre, il Tribunale – per accreditare il proprio potere di disapplicazione, e il mancato onere di ricorrere alla Corte costituzionale – valorizza soprattutto la chiara assenza di ogni possibile contraddizione tra la "regola" sancita dalla Corte EDU e la nostra Costituzione. Quel divieto, invero, risulta incongruo anche se parametrato a indicazioni della nostra Carta fondamentale (come da tempo sostenuto dalla dottrina cui si è fatto riferimento supra); sul punto, la decisione trae altresì conferma dalla sentenza della Corte cost. n.151/2009, che fonda la dichiarazione di incostituzionalità dell'art.14 l. 40/2004 sulla necessità di "ripetere", in materia di procreazione medicalmente assistita, quel medesimo bilanciamento tra prerogative del concepito e salute della madre già sviluppato nella disciplina della interruzione volontaria di gravidanza.

Il secondo ordine di argomentazioni merita maggiore considerazione. Si sostiene, in sostanza, che quando il procedimento affidato alle cure del giudice italiano costituisca la prosecuzione ideale del medesimo procedimento esauritosi in sede europea – per corrispondenza di oggetto e di parti ricorrenti, le quali chiedono la soddisfazione effettiva della pretesa accolta in sede sovranazionale – la decisione della Corte EDU varrebbe, ex art.46 CEDU, alla stregua di un vero e proprio giudicato formale cui il giudice italiano sarebbe tenuto a dare sostanziale "esecuzione". Per questo, in simili ipotesi, si potrebbe procedere anche a disapplicazione – se necessario allo scopo – a differenza del caso in cui si discuta di situazioni in varia guisa interessate da decisioni della Corte EDU, ma che non sono state, esse stesse, oggetto di un'apposita pronuncia europea.

A un primo sguardo, per la verità, anche questa proposta distinzione – che pure vanta autorevoli sostegni in dottrina[42] – appare poco compatibile con le sentenze gemelle della Corte costituzionale. In esse si trovano affermazioni che sembrano contraddire la raffigurazione del giudice italiano quale "organo di esecuzione", per così dire, della sentenza europea. Secondo la sentenza della Corte cost. n.348 del 2007, ad esempio, «non si può parlare […] di una compe-

[40] Un interessante spunto in tal senso in Palazzo, *Europa e diritto penale: i nodi al pettine,* in *Dir.pen.proc.,* 2011, 659 s.. Il profilo della "estrema chiarezza della sentenza della Corte di Strasburgo" quale presupposto decisivo di una sua possibile diretta applicazione (in sede giurisdizionale) a favore del soggetto personalmente interessato da quella sentenza, era già valorizzato, ad es., dalla (complessivamente ben poco perspicua) Sentenza della Cassazione sul caso Scoppola, riguardo alla quale v.*infra*, nel testo.

[41] In tal senso l'interpretazione che della decisione propone Ruggeri, *Spunti di riflessione*, cit.: «una volta, infatti, che da essa [dalla decisione della Corte Edu] si ricavi – come nella specie – una regola "sufficientemente precisa ed incondizionata", che si dimostri idonea a prendere subito il posto della disciplina legislativa incompatibile con la Convenzione, se ne ha che della prima può (e deve) farsi immediata applicazione in vece della seconda. Di contro, aggiunge il Tribunale, la rimessione degli atti alla Consulta si giustificherebbe, "pur in presenza di una regola CEDU autoapplicativa", laddove si evidenzi un contrasto tra quest'ultima e i principi supremi dell'ordinamento costituzionale». Anche questo Autore, peraltro, dopo aver denunciato l'affrettata equiparazione di trattamento che così ragionando viene a instaurarsi tra fonti CEDU e fonti UE, nota una (ulteriore) contraddizione nell'argomentare del Tribunale: «non si capisce perché mai la Corte stessa debba essere chiamata in campo unicamente nel caso che si dubiti della osservanza dei principi suddetti da parte delle norme convenzionali, ove si ammetta – in forza della direttiva d'azione al riguardo impartita dalla Consulta ai giudici comuni a partire dal 2007 – che la CEDU è fonte "subcostituzionale", come tale in tutto e per tutto soggetta all'osservanza di qualsivoglia norma costituzionale […]. Il punto è che, sospettando la incompatibilità tra la Convenzione e la Carta costituzionale – siano, o no, in ballo norme di questa espressive di principi fondamentali –, il giudice non potrebbe, a stare all'orientamento della Consulta ormai affermatosi, sottrarsi all'obbligo di rimettere gli atti alla Consulta stessa. Se, di contro, si reputa […] che un problema di incompatibilità tra le Carte suddette non si ponga, l'unico accertamento cui parrebbe doversi far luogo è quello relativo all'attitudine della norma convenzionale ad essere portata ad immediata applicazione».

[42] Ruggeri, *Spunti di riflessione*, cit.: «Il giudice nazionale è […] il terminale di una vicenda processuale che parte dall'ordine interno, dove si è consumata una violazione della Convenzione, e, dopo il passaggio da Strasburgo, a quest'ultimo torna, per quindi in esso trovare finalmente ricetto. Ora, se il giudice comune, al quale si fa richiesta di portare ad effetto il giudicato convenzionale, dovesse a questo fine rivolgersi ad altro giudice (foss'anche quello costituzionale…), non sarebbe più appropriato discorrere di una "esecuzione" del giudicato stesso e la vicenda tornerebbe innaturalmente a riaprirsi, contraddicendo lo stesso giudizio emesso a Strasburgo che, per il solo fatto di essersi avuto, attesta l'esaurimento dei rimedi processuali di diritto interno. Resta ovviamente salvo il caso che il giudice sospetti la violazione da parte della Convenzione, per come fattasi "diritto vivente", nei riguardi della Costituzione; ciò che potrebbe portare a sollevare una questione di costituzionalità della norma convenzionale, per il tramite della legge che vi dà esecuzione, non già però della norma interna che si assuma incompatibile con la disciplina convenzionale. Questo non era però il caso […]».

tenza giurisdizionale che si sovrappone a quella degli organi giudiziari dello Stato italiano, ma di una funzione interpretativa eminente che gli Stati contraenti hanno riconosciuto alla Corte europea, contribuendo con ciò a precisare i loro obblighi internazionali nella specifica materia»[43] (corsivi nostri). D'altra parte, a più riprese la Consulta ribadisce che dalla adesione alla Convenzione Europea non scaturisce un ordinamento più globale nel quale si integra quello italiano (con relativi organi giudiziari), per cui tra i giudici italiani e la Corte di Strasburgo non operano sinergie nel contesto di un medesimo procedimento (come invece parrebbe presupporre l'argomentare del Tribunale di Roma). Ancora, in taluni passaggi espressamente si nega il potere di disapplicazione in ogni caso, cioè anche nell'ipotesi in cui «è il singolo ad attivare il controllo giurisdizionale nei confronti del proprio Stato di appartenenza». Anche in questa evenienza, per vero, l'eventuale giudicato sovranazionale si rivolge «allo Stato membro legislatore e da questo pretend[e] un determinato comportamento», mentre «nessun elemento relativo alla struttura e agli obiettivi della CEDU ovvero ai caratteri di determinate norme consente di ritenere che la posizione giuridica dei singoli possa esserne direttamente e immediatamente tributaria, indipendentemente dal tradizionale diaframma normativo dei rispettivi Stati di appartenenza, fino al punto da consentire al giudice la non applicazione della norma interna confliggente» (sent. 349/2007). D'altra parte, la sentenza n.348 del 2007 dichiaratamente sconfessa una precedente decisione delle Sezioni Unite civili (23 dicembre 2005 n.28507), stando alla quale, invece, «la natura immediatamente precettiva delle norme convenzionali a seguito della ratifica dello strumento di diritto internazionale comporta la natura sovraordinata delle norme della Convenzione sancendo l'obbligo per il giudice di disapplicare la norma interna con la norma pattizia, dotata di immediata precettività nel caso concreto». Esattamente la stessa decisione di legittimità che viene richiamata dal Tribunale di Roma a supporto delle proprie tesi, sicché, in questo passaggio, l'ordinanza "tradisce" in modo piuttosto evidente l'adesione ad un orientamento contrastante con quelle decisioni di costituzionalità. Di non molto mutano i termini della questione per il fatto che più recente arresto della Cassazione, egualmente citato dal Tribunale di Roma, cercando anch'esso sostegno in una interpretazione vaga e strumentale delle pronunce costituzionali "gemelle" del 2007, abbia ripreso quel precedente di legittimità, ribadendo «l'immediata rilevanza nel nostro ordinamento delle norme della […] Convenzione (art.6) e […] l'obbligo per il giudice dello Stato di applicare direttamente la norma pattizia (Cass., S.U., n.28507/05), anche quando essa non sia conforme al diritto interno, alla sola condizione che la sua interpretazione superi il doveroso controllo secundum constitutionem»; stabilendo, in particolare, che «la decisione definitiva ha nell'ambito interno, e in relazione al procedimento, valore assimilabile al giudicato formale, ovvero vale solo per il procedimento in corso ed, in quanto tale, ha ovvia ricaduta sulla situazione che in simile ipotesi il giudice è chiamato ad affrontare, in quanto presupposto logico-giuridico delle relative problematiche che quel giudice è chiamato a risolvere». Di altro non si tratta se non del tenace perpetuarsi di un orientamento – ormai dovrebbe essere chiaro - in realtà contrastante con quanto sancito dalla Consulta nel 2007.

L'argomentazione del Tribunale di Roma si fa invece più seducente quando opera un fugace – ma denso di implicazioni – richiamo ad altro e più recente arresto della stessa Corte costituzionale: il n. 210 del 3 luglio 2013[44]. In esso, a guardar bene, si legge effettivamente di una «radicale differenza tra coloro che, una volta esauriti i ricorsi interni, si sono rivolti al sistema di giustizia della CEDU e coloro che, al contrario, non si sono avvalsi di tale facoltà». I primi potrebbero avere soddisfazione delle proprie istanze nei termini riconosciuti dalla Corte EDU da parte dello stesso giudice ordinario; i secondi, pur vertendo in condizioni analoghe, dovrebbero richiedere l'intervento della Corte costituzionale. Vi è di più: la medesima sentenza n. 210/2013 pare implicitamente condividere (nella misura in cui la richiama e la presuppone, senza muoverle obiezioni) la soluzione offerta in precedenza dalla Cassazione in un caso del primo genere – il celeberrimo affaire "Scoppola" – rispetto al quale si è verificato qualcosa di un po' vago, certo, ma che molto assomiglia ad una disapplicazione di norma censurata in sede europea, a tutto vantaggio del medesimo soggetto che aveva promosso il ricorso

[43] Si sofferma su questo passaggio, tra gli altri, Pinelli, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*, rilevando (criticamente) come esso sia appunto volto a negare ogni relazione gerarchica tra corte EDU e giudici italiani, e a rendere il legislatore interlocutore privilegiato della Corte europea.

[44] vedila in *Dir. pen. cont.*, con nota di Romeo, *Giudicato penale e resistenza alla* lex mitior *sopravvenuta: note sparse a margine di Corte cost. n. 210 del 2013*, 1 ottobre 2013.

presso la Corte EDU.

Si ricorderà che il sig. Scoppola, per una assai complicato avvicendamento di norme dai riflessi sostanziali ma qualificate e ritenute processuali (o comunque sedicenti interpretative di norme processuali)[45] – relative, in particolare, alla determinazione della pena in caso di adesione al giudizio abbreviato da parte di imputati per reati che comportano l'ergastolo – si era visto condannare alla pena perpetua, sebbene, tra quelle norme, ve fossero altre che avrebbero piuttosto determinato l'applicazione di trent'anni di reclusione[46]. Scoppola ricorre alla Corte EDU che gli dà ragione (Gran Camera, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia), ritenendo codificato nell'art. 7 della Convenzione il principio di retroattività della norma sostanziale più favorevole[47] (e ritenendo che quelle norme, in realtà, non fossero né processuali, né interpretative, bensì sostanziali)[48]. Dopodiché, l'interessato ricorre per la revisione del giudicato presso la Corte di Cassazione, che senza porsi altri problemi tutta si concentra sull'individuazione dello strumento processuale più opportuno per corrispondere a tale pretesa e rideterminare la pena nella misura, appunto, di trent'anni (cogliendolo nell'art 625 bis c.p.p.)[49]. Ora, è vero che, rispetto al ricorrente Scoppola, la motivazione offerta dal giudice di legittimità non allude espressamente a una disapplicazione. Di fatto però, se si discute di come superare il giudicato, è perché implicitamente si sta "neutralizzando", e non in via interpretativa, l'efficacia della norma interna, ancora applicabile nella fattispecie, su cui s'era fondata la condanna all'ergastolo. Tanto è vero che la stessa Corte di Cassazione (a Sezioni Unite), successivamente investita di ricorsi promossi da soggetti che avevano vissuto vicende processuali analoghe a quella di Scoppola, ma non avevano avanzato istanze presso la Corte EDU, afferma espressamente la vigenza, l'applicabilità al passato (in quanto norma formalmente di interpretazione autentica) e la non emendabilità in via ermeneutica di quella disposizione censurata a Strasburgo, avvertendo

[45] Sulle implicazioni di dettaglio di quell'avvicendamento cfr. da ultimo Carlizzi, *La teoria della successione di leggi nel tempo sul banco di prova del "caso Scoppola" e dei casi analoghi*, in questa *Rivista*, 02, 2013, 27 ss.

[46] Scoppola consumava reati puniti, in quel momento, con la pena dell'ergastolo e l'isolamento diurno (art. 72 c.p.), e allora preclusivi del ricorso al giudizio abbreviato (stante la sentenza n.176/1991 della Corte costituzionale). Durante la fase delle indagini preliminari, l'art.442 c.p.p. veniva modificato con legge n. 479 del 16 dicembre 1999 (c.d. "legge Carotti"), in modo da consentire il rito abbreviato anche per reati astrattamente punibili con l'ergastolo, con conseguente possibilità, in caso di condanna, di sostituire la pena perpetua con trent'anni di reclusione. Su questi nuovi presupposti, il g.u.p. ammetteva l'imputato a giudizio abbreviato e, appunto, lo condannava a 30 anni di reclusione. Sennonché, esattamente lo stesso giorno della condanna – il 24 novembre 2000 – entrava in vigore la disposizione di interpretazione autentica dell'art.7 d.l. n. 341 del 24 novembre 2000 (poi convertito con l. n. 4 del 19 gennaio 2001), stando alla quale lo "sconto" di pena stabilito dall'art.442, 2° comma, come modificato dalla legge 479/1999, di cui già s'era giovato Scoppola, non doveva intendersi riferito all'ergastolo con l'isolamento diurno: questa pena andava piuttosto sostituita con l'ergastolo *tout court*. Il pubblico ministero promuoveva allora un'impugnazione di fronte alla Corte d'Assise d'Appello, che riformava la sentenza in data 10 gennaio 2002 e condannava all'ergastolo; decisione divenuta poi definitiva a seguito del rigetto del ricorso di Scoppola di fronte alla Corte di Cassazione, con sentenza depositata il 20 gennaio 2003. Alla base di tutte queste decisioni, e in specie delle ultime, vi è la ferma convinzione che dette disposizioni avessero natura processuale e fossero, dunque, sottoposte al regime del *tempus regit actum*, non già alla regola della irretroattività della norma sfavorevole e della retroattività della norma favorevole.

[47] In tema, ampiamente, da distinte prospettive: Manes, sub *art. 7*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritto dell'uomo*, cit., 284 ss.; Mazzacuva, *L'interpretazione evolutiva del* nullum crimen *nella recente giurisprudenza di Strasburgo*, in Manes-Zagrebelsky, *La Convenzione europea*, cit., 426 ss.; Sotis, *Le "regole dell'incoerenza". Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, 2012, 69 ss.; Valentini, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012, 217 ss.

[48] Sulla vicenda, e sulle implicazioni della decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo, v. Gambardella, *Il "caso Scoppola": per la Corte Europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole,* in *Cass.pen*., 2010, 2020 ss. Per una considerazione dei profili della sentenza europea "Scoppola" maggiormente correlati al rispetto della clausola del giusto processo (art.6 CEDU) cfr. piuttosto Galgani, *Diritto probatorio e successione di leggi nel tempo*. Tempus regit actum?, Torino, 2012, 187 ss.

[49] Cass., sez. V, 11 febbraio 2010 n. 16507, Scoppola. Sulla (problematica) decisione v. ad es. Musio, *Il «Caso Scoppola» dalla Corte europea alla Corte di Cassazione,* in *Cass. pen*. 2011, 214 ss.; Pecorella, *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo (parte II),* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 397 ss., con interessanti considerazioni critiche.

perciò la necessità di sollecitare un intervento della Corte costituzionale[50]; la quale, dal canto suo, non rinvia gli atti al mittente sollecitando soluzioni di carattere ermeneutico[51], o invitando a ben usare categorie generali in tema di efficacia della norma nel tempo – che pure avrebbero potuto essere usate, semplicemente disconoscendo la natura interpretativa (e, dunque, retroattiva) della disposizione sfavorevole[52] - bensì interviene accertando un contrasto con l'art.117 Cost. e 7 CEDU . Insomma, delle due l'una: o la norma su cui s'era fondata la condanna all'ergastolo di Scoppola poteva rimodularsi in via interpretativa, o essere considerata recessiva, rispetto ad altre più favorevoli, in applicazione di criteri di diritto penale intertemporale, e allora quella stessa interpretazione, o limitata estensione nel tempo, ben avrebbe potuto argomentarsi anche con riguardo a casi corrispondenti a quello di Scoppola, senza necessità di procedere a dichiarazione di incostituzionalità; se, invece, la Cassazione prima, la Corte costituzionale poi, per "risolvere" questi ultimi casi hanno avvertito il bisogno di una dichiarazione di incostituzionalità, è perché la norma non si prestava (dal loro punto di vista) a correzioni esegetiche, né ad essere circoscritta nella sua estensione cronologica. Se così è, l'elusione della portata di quella disposizione a favore del sig. Scoppola non può che essere avvenuta in ragione di una sostanziale disapplicazione (per quanto particolarmente sollecitata dalla circostanza che, nella sentenza europea che si andava ad "eseguire", puntualmente si indicava nella rideterminazione della pena l'oggetto dell'obbligazione gravante sullo Stato italiano).

Quel che intendiamo dire è che, sia pure "tra parentesi", il Tribunale dà uno spunto per focalizzare uno sviluppo nella giurisprudenza costituzionale di non poco momento, forse non ancora del tutto colto e tematizzato nelle sue implicazioni (e, vien da aggiungere, per le sue potenzialità "eversive" rispetto al confortante assetto proposto dalle sentt. 348 e 349 del 2007), e che a conti fatti costituisce l'accoglimento di (o la resa di fronte a) una similare propensione della Cassazione[53]. Il giudice di legittimità, per vero, nonostante l'ossequio di principio

[50] Cass. pen., Sez. Un., ord. 19 aprile 2012, in *Dir. pen. cont.*, con nota redazionale di Viganò, *Le Sezioni Unite rimettono alla Corte costituzionale l'adeguamento del nostro ordinamento ai principi sanciti dalla Corte EDU nella sentenza Scoppola*, 12 settembre 2012. Così ricostruisce contenuti e senso delle ordinanze di rimessione la Corte costituzionale nella sentenza 210/2013 (corsivi nostri): «Il giudice *a quo* ritiene che *non vi siano spazi per un'interpretazione conforme* alla CEDU delle disposizioni suddette, dalla cui applicazione è derivata e tuttora deriva la violazione del diritto fondamentale del condannato all'applicazione della norma più favorevole […] Tale conclusione si imporrebbe alla stregua della espressa qualificazione come "interpretazione autentica", contenuta nel titolo del Capo III del decreto-legge n. 341 del 2000, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 4 del 2001, del tenore dell'art. 7 del citato decreto-legge e del contenuto della relativa Relazione governativa […]. *La legge interpretativa*, in quanto materialmente successiva nel tempo a quella interpretata, con cui si salda dando luogo ad un precetto normativo unitario, *avrebbe efficacia retroattiva* in deroga al principio di irretroattività della legge in generale, fissato dall'art. 11 delle preleggi. La disciplina di natura transitoria di cui all'art. 8 del decreto-legge n. 341 del 2000 […] confermerebbe l'efficacia retroattiva attribuita dal legislatore all'art. 7 citato. *L'impossibilità di una interpretazione della normativa interna conforme all'art. 7 della CEDU* ha indotto la Corte di cassazione a ritenere non manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 della CEDU, degli artt. 7 e 8 del decreto-legge n. 341 del 2000, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 4 del 2001, *nella parte in cui tali disposizioni interne operano retroattivamente* […]. Ne conseguirebbe che il giudice ordinario, non potendo disapplicare la legge formalmente interpretativa, potrebbe solo sottoporla all'esame della Corte costituzionale».

[51] Quale quella proposta, in rapporto al citato art.7, da Viganò, *Figli di un Dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia*, in *Dir. pen. cont.*, 10 aprile 2012, 22 s.. Se fosse stata possibile una soluzione interpretativa, si imponeva l'ordinanza di inammissibilità da parte della Corte costituzionale: così Romeo, *Le Sezioni Unite sull'applicabilità in executivis della sentenza 17 settembre 2009 della Corte EDU in causa Scoppola c. Italia: una doverosa postilla*, in *Dir. pen. cont.*, 5 ottobre 2012, p. 3. O.Di Giovine (*Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in questa *Rivista*, 1, 2013, p. 170), tra gli altri, legge (criticamente) la proposta di Viganò come diretta, in realtà, a sollecitare una sostanziale "disapplicazione" della norma censurata in sede europea in casi "coincidenti" con quello specificamente oggetto della sentenza della Corte EDU. In effetti, la dottrina spesso paventa che asserite "interpretazioni conformi" nascondano, in realtà, atti di "normazione mascherata", volti a – e idonei a – eludere la competenza della Corte costituzionale: v. ad es. Gaeta, *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U*, cit., 5, e dottrina *ivi* citata; Manes, *Il giudice nel labirinto*, cit. , 56 ss.

[52] Ben coglie (e tematizza) questo "scarto" tra la sentenza europea (che disconosce la natura "interpretativa" dell'art.7 del d.l. 341/2000, così negandogli portata retroattiva) e, invece, la lettura delle Sezioni Unite della Cassazione (che espongono al giudizio della Corte costituzionale la disposizione di interpretazione autentica, ritenendosi vincolate a considerarla tale e, dunque, a farla operare retroattivamente): Gambardella, Overruling *favorevole della Corte europea e revoca del giudicato di condanna: a proposito dei casi analoghi alla sentenza "Scoppola"*, in *Cass. pen.*, 2012, 3992 ss.

[53] Si sta forse avverando, con il caso "Costa e Pavan", la "profezia" di Ruggeri (*La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la convenzione europea dei diritti umani … ovverosia quando la certezza del diritto* è obbligata a cedere il passo alla *certezza dei diritti*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2/2011, 13): «Non ho taciuto, in più occasioni, il mio dissenso rispetto a punti centrali dell'indirizzo della giurisprudenza costituzionale sulla Convenzione; convengo, tuttavia, che il percorso che essa va facendo appare segnato da progressivi aggiustamenti del tiro che parrebbero prefigurare un complessivo sviluppo e un finale approdo meritevoli di considerazione. Ciò che, poi, in una non disprezzabile misura si deve, oltre che ad una innegabile sensibilità riscontrabile in seno alla Consulta, specie per la estrazione culturale di alcuni suoi componenti, nei riguardi del diritto in genere di origine esterna (internazionale e sovranazionale), ad una vistosa, crescente pressione esercitata da una coraggiosa ed intraprendente magistratura comune, che mostra di avere ormai tra i propri ranghi una nutrita schiera di operatori dotati di spiccata apertura verso il diritto europeo».

alle direttive del Giudice delle leggi[54], ha nel tempo quasi clandestinamente (cioè evitando troppo conturbanti "tematizzazioni") preservato il "fuoco sacro" di un potere/dovere del giudice italiano di applicare "direttamente" il giudicato sovranazionale al di là di ogni ostacolo eventualmente ravvisabile nella legislazione interna, non in generale, ma essenzialmente nei confronti dello stesso ricorrente che quel giudicato, a lui favorevole, abbia ottenuto al cospetto della Corte EDU[55]. Un potere/dovere sinora esercitato specialmente per correggere deviazioni dai principi del giusto processo[56] (in sentenze pure richiamate, ad adiuvandum, nell'ordinanza in commento[57]), secondo una logica in certa qual misura ancora espressiva di "interpretazioni convenzionalmente conformi" (sia pure attraverso lo "scardinamento" della vigente disciplina del giudicato, per via di audaci analogie)[58], ma che nel caso Scoppola si manifesta ben più univocamente, per quanto non espressamente, nei termini di una disapplicazione di una norma sostanziale[59].

6. Implicazioni e prospettive.

Se dovesse far scuola questa espressa disapplicazione di una norma interna, funzionale alla esecuzione di un giudicato della Corte EDU rispetto al medesimo caso e al medesimo ricorrente, allora verrebbe a modularsi, nella sostanza, un sistema giuridico integrato a duplice dimensione, nazionale ed europea, nel cui contesto la giurisdizione appare rimessa a diverso titolo tanto alla Corte EDU quanto ai giudici italiani, questi ultimi comunque in posizione servente e non più subordinati soltanto alla legge[60]. Una costruzione che sembra davvero prefigurare una limitazione di sovranità, capace di aprire spazi ad una considerazione dell'art.11 Cost. quale veicolo di "metabolizzazione" delle fonti CEDU nel nostro sistema, con effetti deflagranti rispetto ad assetti faticosamente raggiunti. La Corte costituzionale sinora, lo si è già ricordato, è tetragona nel negare che la Convenzione EDU e il relativo sistema giuridico assumano rilievo ex art.11 Cost.; forse, però, una simile valutazione dovrebbe costituire più l'esito, che non la premessa, di una più definitiva sistemazione dei rapporti tra fonti, e tra organi di giurisdizione. Rispetto a questo sistemazione, solo occasionalmente, ammesso che lo volesse (ma appunto, dopo la sent. 210/2013, è lecito qualche dubbio), la Corte costituzionale potrebbe frapporre la propria autorevole contrarietà: giacché tecnicamente non vi sarebbero

[54] Sulla pronta ed effettiva applicazione, da parte della giurisprudenza, del "decalogo" evincibile dalle sentenze gemelle della Corte costituzionale del 2007 v. Lamarque, *Il vincolo alle leggi statali*, cit., 28 ss.

[55] Viganò, *Figli di un dio minore?*, cit., 14.

[56] Si prenda ad esempio Cass., Sez. I, n.171 del 18 gennaio 2011, che a sua volta si riallaccia alla precedente e pure celebre sentenza sul caso "Dorigo" (Cass., sez.I, 1 dicembre 2006 n. 2800) – nella quale si sancisce la facoltà, anzi l'obbligo, per il giudice dell'esecuzione di superare il giudicato nazionale solo ed esclusivamente «in riferimento alla parte che vittoriosamente ebbe ad adire quella istanza di giustizia [la Corte EDU]». Allude (criticamente) ad una avvenuta disapplicazione di norme processuali nel caso "Dorigo": De Matteis, *Le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo ed il giudicato penale: osservazioni intorno al caso "Dorigo"*, in *Cass.pen.*, 2007, 1453. Ritiene invece che, in quel caso, si sia realizzato un peculiare modello di interpretazione conforme *praeter legem*: Viganò, *Il giudice penale*, 657 s. Come noto, l'obbligo di "superare" il giudicato nazionale in applicazione di una condanna della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo è stato successivamente "codificato" dalla Corte costituzionale, dichiarando incostituzionale l'art. 630 c.p.p. nella parte in cui non contempla un «diverso» caso di revisione, rispetto a quelli regolati, volto specificamente a «consentire la riapertura del processo quando la stessa risulti necessaria per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte europea» (sentenza 7 aprile 2011, n. 113, pubblicata in *Dir. pen. cont.*; vedi anche, *ivi*, il commento di Leonati, *La Corte costituzionale individua lo strumento per dare attuazione alle sentenze della Corte europea: un nuovo caso di revisione per vizi processuali*)

[57] Si richiama, in particolare, il c.d. "caso Somogyi" – Cass. pen. 12.7.2006 n.32678 – come sentenza nella quale si sarebbe verificato un «integrale travolgimento dell'autorità della cosa giudicata da cui era coperta la sentenza finale interna senza aver sollevato alcun incidente di costituzionalità ritenendosi il giudice nazionale vincolato anche alla valutazione in concreto svolta da Strasburgo», sicché la Cassazione avrebbe assimilato « in questo caso la sentenza europea ad un vero e proprio ulteriore grado di giudizio, dotato della forza di vincolare il giudice investito dello stesso processo».

[58] In tal senso Gaeta, *op. ult. cit.*, 26 ss., che evidenzia come ad es. l'abuso in via analogica del ricorso straordinario, a partire se non altro dal caso "Drassich", sia «divenuto il congegno smodato dell'interpretazione conforme». Anche Viganò, *Il giudice penale*, cit., 623 s. trattando di quelle decisioni (per una rassegna ragionata delle quali si può consultare Aprile, *I meccanismi di adeguamento del sistema penale nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in Manes–Zagrebelsky, *La Convenzione Europea*, cit., 509 ss.) parla di una "spregiudicata combinazione" tra «l'interpretazione conforme alla C.E.D.U. della vigente normativa processuale» e la «diretta applicazione delle norme C.E.D.U., in nome dell'esigenza – avvertita come assolutamente prioritaria – di far cessare senza ulteriori dilazioni le violazioni di diritti fondamentali accertate a Strasburgo, nei confronti di singoli individui condannati in via definitiva nell'ordinamento italiano» (ultimo corsivo nostro).

[59] Per quanto anche la dottrina, trattando della decisione "Scoppola", concentri prevalentemente la propria attenzione sulla discutibile applicazione dell'art.625 bis c.p.p., piuttosto che sul presupposto sostanziale (che a noi pare una disapplicazione) di quell'opzione procedurale (v. ancora, per tutti, Gaeta, *op.cit.*, 27 s.).

[60] Sul punto Gargani, *Verso una "democrazia giudiziaria"? i poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia*, 2011, 116.

modi e motivi per adire la Corte costituzionale a fronte di disapplicazioni ripetute nel tempo analogamente a quanto accaduto nel caso "Costa e Pavan", a meno di non ipotizzare un "conflitto di attribuzioni" tra Corte costituzionale (che nega al giudice il potere di disapplicazione e si riserva il potere di dichiarare l'illegittimità) e giudice ordinario (che invece disapplica), sollevato presso se medesima dalla stessa Corte.

A fronte di simili scenari, ci limitiamo qui ad alcune considerazioni problematiche: talune perplesse, altre sorrette da una maggiore persuasione.

Le perplessità riguardano l'implicazione principale di una eventuale generalizzazione di quanto accaduto nel caso Costa e Pavan; vale a dire l'esautorazione della Corte costituzionale dal proprio ruolo istituzionale, quale deriva dal combinarsi di una lettura restrittiva ed elastica, da parte della Corte EDU, del vincolo del previo esaurimento delle tutele interne, con la successiva autolegittimazione del giudice interno a disapplicare la disposizione che ostacola, nel medesimo caso, l'attuazione del giudicato sovranazionale. Per vero, nell'ordinamento italiano, a fronte di una norma di legge in insanabile contrasto con principi e diritti fondamentali, che non si presta a reinterpretazioni costituzionalmente orientate, l'organo istituzionalmente deputato a intervenire è soltanto la Corte costituzionale (fatto salva, ovviamente, la possibilità di intervento dello stesso legislatore). Sennonché, nella vicenda che qui si commenta l'impossibilità di interpretazioni correttive è stata ritenuta prima dalla Corte EDU motivo sufficiente a legittimare il ricorso diretto in sede europea, senza necessità di esperire percorsi giurisdizionali interni che avrebbero potuto coinvolgere il Giudice delle leggi[61]; è stata considerata poi dal giudice italiano, una volta esaurita la procedura sovranazionale, quale presupposto per operare una disapplicazione in nome dell'art.46 CEDU, ancora una volta senza interpellare la Corte costituzionale ex art.117 Cost.. La competenza della Consulta è stata dunque elusa per ben due volte, ed esattamente riguardo a una fattispecie che a quella competenza rimandava "per vocazione". Si è sperimentata, tra il giudice ordinario e la Corte europea, una interlocuzione diretta e conclusiva, che in prospettiva potrebbe proporsi quale alternativa funzionale alla sollecitazione di un giudizio di costituzionalità. Una buona occasione per strategie di forum-shopping attente soltanto alla maggiore probabilità di ottenere il risultato sperato, da misurarsi in rapporto a precedenti ed eventualmente discordanti orientamenti, su temi analoghi, della Corte EDU ovvero della Corte costituzionale.[62]

È compatibile, questo scenario, con il monopolio affidato dalla Costituzione alla Corte costituzionale in tema di giudizio sulla costituzionalità delle leggi?

Si potrebbero ridimensionare le perplessità, sostenendo, in primo luogo, che quella possibilità di forum-shopping suona meno sconveniente – anche se certo bisognosa di tematizzazione – se diversamente intesa quale ulteriore forma di manifestazione (procedurale) della garanzia di "massima intensità di tutela", come noto accreditata dalla stessa Corte costituzionale (sia pure in una diversa prospettiva)[63]; la quale appunto spinge a una opzione tra orientamenti costituzionali interni e tendenze applicative della Corte EDU, così da assicurare al diritto la migliore salvaguardia disponibile. Merita poi evidenziare come, comunque, resti intatta la prerogativa della Corte costituzionale di incidere sulla disposizione nella sua portata generale ed astratta (e, più nello specifico, il compito alquanto delicato di tramutare in disposizione generale e astratta un orientamento giurisprudenziale della Corte EDU[64]). Né la Corte EDU, né il giudice ordinario godono di analogo potere – questo è sicuro – sicché ricorrere a loro aggirando la Corte costituzionale può al più portare ad un provvedimento giurisdizionale, privo di valore normativo, che non mette in discussione la vigenza astratta della disposizione. Il salto

[61] Un cenno al rischio che questa applicazione "flessibile" dell'art.35, 1° co., CEDU da parte della Corte europea possa condurre a «un progressivo esautoramento della Corte costituzionale dall'esercizio della sua funzione più tipica», con uno «spostamento verso la Corte di Strasburgo del ruolo di garante della protezione dei diritti fondamentali», in Nardocci, *op.cit.*, 4 s. Ancor più critico Vari, *op.cit.*, 5 s.

[62] Tratta alla stregua di una lecita e fisiologica strategia la scelta dei coniugi Costa e Pavan di ricorrere direttamente in sede europea, piuttosto che tentare la strada della Corte costituzionale, Malfatti, *op.cit.*, 2. L'autrice, peraltro, considera normale che la Corte EDU abbia ritenuto soddisfatto il requisito del previo esaurimento dei ricorsi interni, posto che quel requisito si riferisce ad una possibilità di tutela effettiva (v. anche *supra*, nt.27 e 28). Nel caso di specie l'effettività della tutela si correlava inevitabilmente alla tempestività del riconoscimento del diritto (al riguardo v. *infra*, nel testo).

[63] Cfr. Corte cost., sent. n. 349/2007, cit.; sent. n. 311/2009, cit.; sent. n. 317/2009, cit.. Trae da questa "garanzia" l'evidenza di una sostanziale pariordinazione, dal punto di vista dell'ordinamento interno, tra sistema di tutela dei diritti di fonte costituzionale ovvero convenzionale: Ruggeri, *Costituzione e CEDU: alla sofferta ricerca dei modi con cui comporsi in "sistema"*, in www.giurcost.org, 7.

[64] Alla delicatezza di questo "passaggio", e dunque alla necessità che esso sia governato dalla Corte costituzionale, è dedicato il saggio di Di Giovine, *op.cit.*, spec. 170, 180.

di qualità – o, se vogliamo prendere in prestito efficace metafora, il "volo di Icaro" del giudice ansioso di evadere troppo rapidamente dal "labirinto delle fonti"[65] – piuttosto si avrebbe ove si consentisse ai giudici ordinari di disapplicare anche in casi analoghi a quello oggetto di giudizio presso la Corte EDU.

Se così fosse, nelle sue concrete dinamiche l'ordinamento assumerebbe i tratti marcati di un sistema a sindacato diffuso, con sostanziale (e, forse, anche formale) sovversione del sistema accentrato che, per quanto opinabile, è senz'altro quello prescelto dai costituenti[66]. Niente tuttavia al momento lascia presagire simili sviluppi; di certo il giudice che volesse sostenerli non troverebbe, questa volta, avallo neppure implicito nell'ultima giurisprudenza della Corte costituzionale.

Se, poi, approfondiamo d'un poco le peculiarità del thema decidendum nel caso Costa e Pavan, riusciamo forse a cogliere aspetti che inducono ulteriormente a sfumare quelle perplessità.

Si rammenti: il motivo di irragionevolezza denunciato dai ricorrenti, riconosciuto da larga parte della dottrina (specialmente rispetto agli artt.3 e 32 Cost.), condiviso infine dalla Corte EDU, consiste precisamente in un difetto di coordinamento rispetto alla fattispecie concreta tra la disciplina della procreazione medicalmente assistita e quella dell'interruzione volontaria di gravidanza. Il diritto dei coniugi Costa e Pavan è stato conculcato non perché esista – si badi – una libertà assoluta e generalizzata di ricorrere alla PMA e alla diagnosi preimpianto (un "diritto ad avere un figlio sano"[67]), ma perché quelle due persone, in ragione della peculiarità della loro situazione ed esperienza (anche soggettive), avrebbero avuto con ogni probabilità accesso all'aborto una volta instaurata la gravidanza e diagnosticata la patologia nel feto; sicché risultava assurdo, e crudele, negar loro diagnosi e selezione preimpianto. Disapplicando la norma della legge '40, dunque, il giudice del caso concreto scioglie precisamente quel nodo di irragionevolezza, e approda esattamente alla destinazione indicata dalla Corte EDU, cioè ad ammettere alla diagnosi preimpianto quella coppia che avrebbe potuto, altrimenti, ricorrere alle prestazioni garantite dalla legge 194/78[68].

Se invece, seguendo un iter all'apparenza più "ortodosso", fosse stata investita la Corte costituzionale ex ante ai sensi degli artt.3 e 32 Cost., ex post (rispetto al giudizio europeo) anche ai sensi degli artt.117 Cost. e 8 CEDU, avrebbe potuto quell'organo – che si pronunzia non in relazione a casi specifici[69], bensì in via "generale ed astratta" - pervenire ad una destinazione altrettanto soddisfacente, rispetto alle specificità del motivo di irragionevolezza, e altrettanto corrispondente a quanto prefigurato nella sentenza europea? Avrebbe avuto a disposizione, la Corte costituzionale, gli strumenti tecnici per intervenire sulla legge 40/2004 in modo da coordinarla, nella sua portata generale, con la legge 194/78, così da permettere l'accesso alla procreazione assistita e alla diagnosi preimpianto a tutte, e solo, le coppie che altrimenti potrebbero ricorrere alla diagnosi prenatale e all'interruzione di gravidanza (e dunque anche a Costa e Pavan)?

[65] Manes, *Il giudice nel labirinto*, cit., 34 ss.

[66] E con l'ulteriore inconveniente che questo sostanziale «"controllo di convenzionalità diffuso"» avrebbe ad oggetto «non già norme relativamente precise e dettagliate (come sono, di regola, regolamenti e direttive comunitarie dotate di efficacia diretta), bensì norme-principio aperte a bilanciamenti ampiamente discrezionali, che ciascun giudice di merito sarebbe a quel punto facoltizzato ad operare. Con tutte le intuibili conseguenze in termini di imprevedibilità della decisione giudiziale, che inevitabilmente ne deriverebbero» (così già Viganò, *Diritto penale sostanziale e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2007; il quale peraltro, più di recente, e proprio in rapporto alla decisione "Scoppola", sollecita a ridimensionare il significato puramente "casistico" delle applicazioni ed interpretazioni della Corte EDU: Viganò, *Figli di un Dio minore?*, cit., 9 ss.).

[67] Pure ipotizzato da Celotto, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione*, in *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa,* a cura di Celotto-Zanon, Milano, 2004, 29; Trib. Salerno, ord. 9 gennaio 2010, cit.. Critico sul punto, da ultimo, Schuster, *La procreazione selettiva*, in *Il governo del corpo*, 2, cit., 1414. La Camera CEDU, nella citata decisione "Costa e Pavan", §§ 53 ss., allude effettivamente ad un "diritto ad avere un figlio sano", ma inteso più precisamente come declinazione di una libertà a non subire intromissione indebite (perché irragionevoli) nelle proprie scelte procreative, libertà espressiva, a sua volta, di un più ampio diritto alla vita privata e familiare, rilevante *ex* art.8 CEDU

[68] Sugli inconvenienti che si materializzano generalizzando la portata delle motivazioni della Corte EDU strettamente correlate alle specificità del caso "Costa e Pavan" v. Malfatti, *op.cit*., 3 s.

[69] Se non, ovviamente, per quanto concerne il tema della "rilevanza" della questione nel giudizio *a quo*. Ritiene che questo aspetto riduca le differenze di impostazione tra Corte costituzionale e Corte EDU: V. Zagrebelsky, *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e il principio di legalità nella materia penale,* in Manes-Zagrebelsky, *La Convenzione*, cit., 73.

Ci sia consentito qualche dubbio[70]. Vediamo le possibili alternative.

Dichiarando tout court incostituzionale l'art. 4, co.1, l. 40/2004 (e norme ad esso coordinate), la Corte peccherebbe per eccesso, spalancando l'accesso alla PMA anche a soggetti non sterili ma neppure portatori di anomalie genetiche la cui trasmissione sia intercettabile con la PGD, e comunque in casi ove non è in discussione la salute psico-fisica della donna, così modificando in modo radicale l'orientamento del legislatore circa il diritto di accesso alla fecondazione assistita ben oltre i limiti del "costituzionalmente necessario". Sarebbe tuttavia arduo per la Corte operare una soddisfacente manipolazione della norma, ad es. dichiarandola incostituzionale nella parte in cui non permette l'accesso alla fecondazione in vitro a coloro che, pur non essendo infertili o sterili, versano nelle situazioni legittimanti l'interruzione di gravidanza ex art.4 l.194/78. Quelle situazioni legittimanti, infatti, rilevano non come tali, ma per come emergono e si focalizzano nel contesto di una specifica procedura (art.5 l.194/78); la quale procedura – non le condizioni di per sé – si atteggia a precondizione di legittimità dell'atto abortivo[71]. In sostanza, quel tipo di manipolazione della norma non creerebbe affatto il coordinamento tra discipline imposto dal principio di ragionevolezza, ex art.3 e 32 Cost., e proporzione ex art8 CEDU (con la mediazione dell'art.117 Cost.), bensì produrrebbe due norme distinte, due differenti sistemi di accesso alla PMA (e PGD) e all'interruzione di gravidanza, il primo appoggiato all'esistenza di presupposti sostanziali, il secondo, invece, di carattere procedimentale. Una differenziazione volendo anche plausibile, per ragioni che non stiamo qui a considerare, ma che non appare certo "costituzionalmente imposta" e resta dunque estranea alle competenze della Corte costituzionale, alla pari di qualsiasi altra espressione di discrezionalità politico-legislativa. Né, infine, la Consulta potrebbe facilmente estendere tout court le regole procedurali stabilite dalla l.194/78 anche ai casi in cui venga richiesta la procreazione assistita per scopi analoghi a quelli di cui all'art. 4 l.194/78 (magari intervenendo, a tal fine, sulla stessa legge 194/78, piuttosto che sulla legge 40/2004, senza alterarne le implicazioni "costituzionalmente vincolate"). Quella procedura, invero, si modella sulla fisionomia di una situazione personale (uno stato di gravidanza già avviato) ben differente da quella in cui versa chi ancora non ha concepito e intende farlo "in provetta", talché una trasposizione automatica, senza adattamenti, appare francamente impraticabile. Eventuali adattamenti richiederebbero, nondimeno, un esercizio di discrezionalità che ancora una volta resta estraneo alle competenze della Corte costituzionale[72]. Si consideri, oltretutto, che le funzioni amministrative considerate nella legge 194/78 trovano completamento caratteristico ed essenziale in correlati reati a tutela di funzioni[73], cioè sono supportate da precise opzioni politico-criminali che certo non potrebbero essere riprodotte, o "mimate", dalla Corte costituzionale in altro ambito, per quanto similare, stante il particolare rigore della riserva di legge in materia penale.

Per farla breve: quando il tertium comparationis che rivela l'irragionevolezza di una denegata facoltà è costituito da una disciplina che attribuisce ad analoga facoltà lo statuto di diritto subordinatamente all'espletamento di procedure utili a garantire un bilanciamento in concreto con altri beni e interessi, il superamento di quel profilo di irragionevolezza è essenzialmente alla portata di chi può modulare in astratto una corrispondente procedura (e un simile bilanciamento), tenendo attentamente conto non solo dei motivi di affinità tra quei casi, ma anche degli inevitabili profili di diversità. La competenza elettiva è, in sostanza, del legislatore.

[70] Accenna analoghi dubbi Nardocci, *op.cit*., 13 s., che però giustamente ricorda come la Corte costituzionale, ove investita della questione, potrebbe se non altro rivolgere un autorevole monito al legislatore, sollecitandolo a un ragionevole coordinamento tra regolamentazione della procreazione assistita e della interruzione volontaria di gravidanza.

[71] È cosa nota che si tratti di procedura che non comporta un effettivo accertamento delle precondizioni – assai soggettive – di legittimità dell'interruzione di gravidanza (già Padovani, *Procreazione (diritto penale), Enc.dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 976). Nondimeno, è procedura (in ipotesi) funzionale a favorire meditazioni e ripensamenti, e ad individuare possibili soluzioni alternative per la donna, più orientate nei termini della "maternità responsabile", che non già della interruzione di gravidanza. Dunque non è procedura irrilevante o superflua, di mera attestazione "notarile" di una scelta della donna che si suppone decisiva nella sua configurazione iniziale.

[72] Egualmente evidenzia l'impossibilità che il "coordinamento" tra le due discipline, e il sotteso, distinto "bilanciamento di interessi", possa essere adeguatamente compiuto per via giurisprudenziale (fosse pure attraverso la giurisprudenza CEDU): Malfatti, *op.cit*., 4 ss.. Deve rammentarsi che in dottrina, anche in quella più segnatamente di ispirazione "laica", è diffusa la convinzione che debbano porsi limiti alla praticabilità della diagnosi e selezione preimpianto (e, prima ancora, all'accesso alla PMA), in rapporto ad es. alle patologie rilevanti. Anche per questo un intervento del legislatore è ineludibile, e la via dell'interpretazione adeguatrice "caso per caso" si fa apprezzare esclusivamente come il minor male *rebus sic stantibus* (cioè nell'inerzia del legislatore): cfr. ad es. Ferrando, *La riscrittura*, cit., 520; La Rosa, *Diagnosi preimpianto*, cit., 489 ss.. Più in generale, sui limiti "possibili" di accesso alla PMA (e, più in generale, sugli spazi plausibili, assai limitati, di *criminalizzare* modalità di concepimento): Vallini, *Illecito concepimento*, cit., 38 ss.

[73] Padovani, *La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 118 s.

L'inerzia colpevole e conclamata di quest'ultimo nell'esercitare un potere/dovere di cui, in tali situazioni, ha il tendenziale monopolio, impedisce quindi ogni altra soddisfazione del diritto[74]. V'è da chiedersi quanto quest'esito sia compatibile con l'art.46 CEDU – nel caso in cui quel diritto sia stato "consacrato" da una decisione della Corte EDU – e più in generale con l'obbligo di garantire una tutela effettiva, che si fa viepiù pregnante nelle situazioni in cui le circostanze impongano un superamento tempestivo dell'ostacolo normativo, perché il trascorrere del tempo rischia di cristallizzare il danno in modo irreparabile (come accade rispetto ad una richiesta di PMA, cioè di un trattamento sempre meno promettente, quanto più avanzata si fa l'età della donna: e forte è la sensazione che proprio la consapevolezza di questa emergenza temporale, nel caso Costa e Pavan, abbia "sottotraccia" indotto prima la Corte EDU a non pretendere un previo "passaggio" dei ricorrenti di fronte alla Corte costituzionale, poi il Tribunale di Roma a trovare il modo di imporre immediatamente il trattamento alla ASL competente, senza attardarsi per le tortuose vie della questione di costituzionalità[75]).

Se si ritiene che quell'inerzia legislativa non sia compatibile con la CEDU, c'è da domandarsi se la Convenzione medesima non solleciti rimedi di carattere casistico e, dunque, giurisdizionale, essendo appunto i giudici espressione di quello Stato che, nel suo complesso, è obbligato ad eseguire il giudicato europeo[76]; essendo altresì, più nello specifico, anche dal punto di vista dell'ordinamento interno, proprio la magistratura "custode" dei diritti fondamentali dell'individuo contro violazioni da parte di organi pubblici. Non assume, forse, i tratti di una violazione di quel genere – sia pure perpetrata "mediante omissione" – l'inottemperanza pervicace del legislatore ad uno specifico, puntuale obbligo di salvaguardia di un diritto fondamentale, esplicitato e consolidato in sede europea?[77]. Se la risposta ha da essere affermativa, l'intervento suppletivo più opportuno – o, comunque, meno inopportuno – pare effettivamente quello di un giudice del caso concreto, non della norma. Solo il primo, infatti, è in grado di far emergere e di soppesare tutte le peculiarità della vicenda specifica sottoposta a giudizio, così da poter almeno simulare, idealmente, l'esito della procedura che funge da tertium comparationis, e che è appunto concepita per focalizzare le specificità di vicende singolari. Solo il

[74] Rispetto al caso Costa e Pavan, il Governo, nella sua "Relazione al Parlamento per l'anno 2012 – L'esecuzione delle pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nei confronti dello Stato italiano", resa ai sensi della legge 9 gennaio 2006, n.12 (in www.governo.it), ritiene di aver adeguatamente dato seguito alla condanna vuoi in ragione della già citata decisione "convenzionalmente orientata" del Tribunale di Cagliari, 14 novembre 2012, vuoi per aver pagato il dovuto indennizzo e le spese legali ai ricorrenti; solo marginalmente ci si pone «il delicato problema di analizzare se in futuro sara sufficiente un'interpretazione convenzionalmente orientata, piuttosto che un apposito intervento normativo».

[75] Rileva una incompatibilità quasi "intrinseca" tra istituti processuali concepiti per l'urgenza – come quello di cui all'art.700 c.p.c. – e il percorso della necessaria sottoposizione al giudizio di costituzionalità di norme contrastanti con la CEDU: Conti, *op.cit.*, 175 ss.

[76] Si badi a quanto precisa Pirrone, *L'obbligo*, cit., 237 ss.: «La circostanza che il singolo organo dello stato non debba, per dare attuazione agli obblighi internazionali, contravvenire al diritto interno, non dipende da una (improponibile) prevalenza di questo diritto su quello internazionale, bensì dalla circostanza che, avendo lo stato-apparato la totalità dei poteri (in quanto ente sovrano), al suo interno ci sarà sempre un organo che, nell'esercizio e nel rispetto dei poteri ad esso attribuiti dall'ordinamento interno, potrà dare attuazione all'obbligo internazionale». *Ergo*, la ripartizione di competenze si misura (e si giustifica) in funzione anche della effettività dell'adempimento all'obbligo scaturente dall'art.46 CEDU? In questo quadro, «per dare attuazione agli obblighi internazionali gli organi dello stato, primi fra tutti quelli del potere giudiziario […], devono utilizzare tutte le possibilità offerte dall'ordinamento statale, essi, cioè, devono fare il massimo possibile consentito da quest'ordinamento» (*ibidem*, 239). La sentenza del Tribunale di Roma lascia intendere quanto labile possa essere, in questo scenario, la distinzione tra "massimo possibile" e "oltre il possibile". Rileva sotto altro profilo Pinelli, *op.cit.*: «in presenza di persistenti inadempimenti legislativi agli obblighi richiesti dalla Corte europea […] davvero basterebbe limitarsi a rilevare l'assenza di un rapporto gerarchico della Corte europea rispetto ai giudici comuni? La scelta dei mezzi per conformarsi alle sentenze definitive della Corte europea, rilasciata agli Stati membri dall'art. 46 CEDU, si riferisce evidentemente al *quomodo*, non all'*an* dell'obbligo». L'autorevole costituzionalista si riferisce, per la precisione, all'ipotesi di un inadempimento dello Stato consistente nella mancata introduzione nel sistema di una disposizione che consenta la soddisfazione di un diritto riconosciuto dalla Corte EDU; un caso, dunque, cui la Corte costituzionale non può porre rimedio perché non può giudicare di omissioni legislative (se non quando – e anche in quest'ipotesi discutibilmente - la norma da introdurre abbia un tenore costituzionalmente imposto). In simili evenienze, per vero, i giudici che si conformano alle sentenze della Corte di Strasburgo costituiscono l'unico strumento residuo – e, dunque, quello necessario e fisiologico – per far sì che lo Stato italiano ottemperi all'obbligo di conformarsi imposto dall'art. 46 CEDU. Ora, nel caso Costa-Pavan - e più in generale tutte le volte in cui la normativa di raffronto nel quadro di un giudizio di irragionevole discriminazione solleciti la valorizzazione di un diritto condizionata a procedure e presupposti - a conti fatti si denuncia una omissione del legislatore (cioè la mancata predisposizione di una regolamentazione orientata al bilanciamento di beni). Conviene sull'opportunità della scelta della Cassazione (sentenza n. 2800/07) di dichiarare, rispetto al noto caso "Dorigo", la sopravvenuta ineseguibilità del giudicato di condanna «anche se il legislatore abbia omesso di introdurre nell'ordinamento il mezzo idoneo a instaurare il nuovo processo» (dopo che l'interessato aveva scontato la pena detentiva per molti anni dalla decisione definitiva della CEDU a lui favorevole, e dopo l'intervento di diverse sollecitazioni e censure da parte dell'Assemblea parlamentare e del Comitato dei Ministri per l'inerzia dello Stato italiano): Canzio, *Giudicato "europeo" e giudicato penale italiano: la svolta della Corte costituzionale*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n.2/2011, 28 giugno 2011, 2.

[77] Uno spunto in tal senso in Viganò, *Il giudice penale*, cit., 676 ss, che peraltro predilige, a tal fine, il controllo di costituzionalità accentrato nella Corte, piuttosto che il controllo giurisdizionale di carattere diffuso.

primo, per altro verso, esprimendosi mediante atti giurisdizionali senza produrre norme valide erga omnes, evita di usurpare spazi di discrezionalità politico-legislativa e di farvi inopinatamente penetrare gli esiti di un bilanciamento normativo e valutativo (e di una interpretazione) inscindibilmente connessi alle specificità del caso concreto, preservando così un riparto di competenze che risponde ad esigenze profonde del nostro sistema costituzionale, oltre che, più in generale, ad una opportuna distinzione tra «attività legislativa» e «attività giurisdizionale», tra «legge» e «interpretazione che ne danno i giudici»[78].

***

Chi dice che a volte è bene dimenticarsi la rotta, per ricordarsi il mare, fa poesia. Il diritto è prosaico e attribuisce invece decisiva importanza alle rotte – ai percorsi legalmente conformi, alle procedure costituzionalmente adeguate – perché orienta chi solca acque in cui affiorano troppi scogli. Itinerari approssimativi o improvvisati potranno pure condurre a destinazione, ma con costi collaterali che, a volte, sfiorano il naufragio.

Neanche è vero, però, che quel che conta è il viaggio, non la destinazione. In un sistema personalista – dove i diritti fondamentali della persona (concreta e reale) contano sempre più delle istituzioni, le istituzioni sono intese a servizio della persona, e la dignità umana è inviolabile ai sensi dell'art. 2 Cost. [79] – nessun percorso può dirsi valido se non è idoneo ad approdare effettivamente alla salvaguardia di quel diritto. Non possiamo accontentarci di una consacrazione astratta, né di un ristoro approssimativo, o tardivo. Si tratta allora di misurare attentamente la rotta in ragione e della destinazione, e degli scogli, tentando a volte manovre sperimentali e coraggiose, se utili allo scopo, specie in quei luoghi geografici la cui mappatura, diciamocelo, ancora manca di dettaglio.

Come i luoghi in cui confinano ordinamento interno e sistema CEDU, di un confine sempre più cedevole.

[78] «L'effetto di "non applicazione" è la "mossa del cavallo" che permette di gestire incoerenze altrimenti ineliminabili da parte del giudice ordinario. Ma, prima di tutto, è l'abito concettuale attraverso cui, come è stato correttamente detto, "una antinomia reale può essere pensata dalla teoria e quindi risolta dalla prassi"» (Sotis, *Le "regole dell'incoerenza"*, cit., 36 s., citando a sua volta Itcovich). Sull'opportunità che sia il giudice del caso concreto, non la Corte costituzionale, ad "applicare" decisioni della Corte EDU che non si prestano ad essere tradotte in una sicura norma dalla portata generale ed astratta: Ruggeri, *Spunti di riflessione*, cit. (tracciando una suggestiva analogia con il rilievo di una pronunzia additiva di principio della Corte costituzionale). Sull'opportunità, più in generale, che l'interpretazione fornita dalla Corte EDU sia vincolante soltanto «in rapporto alla specifica controversia decisa», non per i giudici di altri casi, per quanto analoghi, e neppure per la Corte costituzionale (differentemente dunque da quanto stabilito dalla stessa Consulta già a partire dalle "sentenze gemelle" del 2007): Ferrua, *op.cit.*, 121 ss.

[79] Su questo attitudine della clausola di inviolabilità *ex* art. 2 Cost. della dignità umana e, dunque, dei "diritti umani", a sollecitare "rimodulazioni" delle forme di esercizio della "sovranità statale", volte a garantire forme di tutela concreta ed effettiva, opportunamente insiste la già citata Cass. n. 19985/2011.

DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

www.penalecontemporaneo.it